

# トルコにおける外国法の継受

大木 雅 夫

序説——本稿の目的と方法

第一章 トルコ固有法文化の特質

第二章 トルコにおける外国法の継受

第一節 継受の原因

第二節 継受の過程

第三章 被継受法の土着と異和

総括——外国法継受研究への展望

序説——本稿の目的と方法

かつてオットー・ヒンツェは、「民族から民族への文化の移動は、普遍的な世界史の発展における大きな謎である<sup>(1)</sup>。」と述べたことがあつたが、われわれの当面する外国法継受の問題も、かかる文化移動の一局面として把握する限り、同様に多くの謎に包まれた現象であるともざるをえない。しかし現在、その解明を放置することはも

はや許されない。その謎には多くの現代的意味と問題が含まれているからである。すなわちわれわれは、世界史における主要な近代化運動として、ルネッサンスと宗教改革に並べて法の継受を挙げるであろう。<sup>(2)</sup> この場合、法の継受は、もちろんドイツにおけるローマ法の継受を指している。にもかかわらず、ルネッサンスの精神が史上反覆して現われ、キリスト教史が宗教改革の連続であつたと同様に、法の継受も、法史上ほとんど常に近代化の要請と不可分の関係において繰り返されてきた。そしてわが国もまた自ら法の継受によつて国の近代化を試みたのである。するとわが国の近代化の意味を知るためには、法の分野においては、明治以来の外国法継受の問題を回避しえない。しかも現在諸外国の法学が転換期を迎えていると同様に、わが国の法学は変遷の過程にある。すると現代世界におけるわが国の地位とその将来の発展の方向を探知するために、近時ようやくわが国における外国法継受の意味と問題が改めて問われていることは偶然<sup>(3)</sup>とはみられない。オルテガ・イ・ガセットに倣つて言うならば<sup>(4)</sup>、わが日本法学の将来の動向を知るためには、その過去を明かにし、過去にのみ拠らざるをえないのである。明治期における外国法の継受は、確かにその過去の全体における画期的な一起点となりうるからである。こうしてわたくしが設定している窮極的目標は、わが国における外国法の継受であり、そのもつ意味と問題の解明である。

(1) Otto Hintze, *Troeltsch und die Probleme des Historismus*, in: *Historische Zeitschrift*, Bd. 135, 1927, S. 230.

(2) cf. Lawson, *A Common Lawyer looks at the Civil Law*, 1953, p. 24.

(3) 伊藤編、外国法と日本法（岩波講座現代法14、一九六六年）に収録されている諸論文、星野英一、日本民法典に与えたフランス民法の影響、日仏法学、第三号、一九六五年、北川善太郎、学説継受——民法学発展の側面、判例タイムズ、第一九四—二二三号、又は同著、日本法学の歴史と理論、一九六八年、水田義雄、西欧法事始、一九六七年、福島正夫、法の継受と社会Ⅱ経済の近代化、早稲田大学比較法研究所、比較法学、第四卷、第一号、第二号（未完）等を参照されたい。

(4) オルテガ・イ・ガセットは言う。「未来は本質的に問題的なものであり、わたくしたちは未来のうちでは確かな足場をもつことができず、未来は何ら確たる形態も何ら一定の相貌もたない。」従って、「人間は、その相貌が一義的で確定的で不変的である過去において何があったかを探求するよりほか、未来のうちに方向を定める可能性を何らもたないという逆説的ではあるが、しかしわたくしたちの生にとつては本質的な状態」が生ずる。すなわち、過去とは、「わたくしたちがわたくしたちの未来を形態づける武器をそこで見出す唯一の武器庫」である(Ortega y Gasset, *Europäische Kultur und europäische Völker*, 1954, S. 86 f.)。

わが国における外国法継受の意味と問題の究明がわたくしの窮極の目標であるにもかかわらず、今わたくしは直ちにこの問題に接近することなく、或る意味では迂遠な道を本稿ではたどるであろう。本稿における直接の対象は、トルコにおける法の継受である。トルコ語を解しないわたくしが敢てこの迂路を選んだことには、若干の理由がある。何よりもまず、この問題は諸外国の学者によつて活潑に研究され、既に比較的多くの文献があるということである。因みにわが国には直接この問題を扱った研究はないようであるが、恐らく法学と法解釈学がほとんど同義語であるかのように考えられているところでは、<sup>(5)</sup>この種の研究をする必要も余裕もなかったのでもあろうか。ともあれこれら諸外国の研究に頼るにしてもこの問題の研究はいまや可能となつていのである。そして次に、より実質的には法の継受は法史上反覆して現れた現象であり、そこには或る共通な問題もありながら、常に必ず一般化を可能とする同一現象の反覆とは限らず、しばしばそれぞれの個性をもつた現象であるようにもわたくしには思われるのであつて、かかる一般化を試みるためには、より広汎な資料的基礎づけと比較研究を要するものと思われるからである。例えばコオシャカーは、ローマ法の継受を研究した結果として、法の継受とは被継受法の質的優秀性によるものではなく、被継受国の政治的文化的な力による——すなわち質の問題ではなくて力の問題だという有名な命題を樹立した。<sup>(6)</sup>しかしミッタイスも言うように、ドイツにおけるローマ法の継受

は、二個の等価的当事者の出会いではなくして、強者による弱者の克服であり、その意味でそれは継受の特殊例であつて、現代における法の継受とはかなり違つた性質のものではなかつたろうか。<sup>(7)</sup> もちろんコオシヤカーはローマ法の継受を研究する際に、比較方法の有効性を自覚してこれを応用したのであるが、比較の範囲は必ずしも広くなく、しかも特にドイツにおけるローマ法の継受に注目していたので、かかる特殊例から立てられたコオシヤカーの一般的命題は疑問視されざるをえないのであつて、かかる不当な一般化を回避するためには、むしろザイタイがかつて要請した諸国における法継受現象の比較研究<sup>(8)</sup>をより広汎に行うことこそ目下の急務と思えるのである。そしてこのことは第三の、そして最後の理由を導く。すなわちわが国における外国法の継受をよりよく認識するために、あらかじめ諸外国における法継受の事例を観察しておくことが有効であり適切ではないかということである。比較法は、「それぞれの国の法に対して、外から来る間接照明のように、その法をよりよく認識させる光を照射する<sup>(9)</sup>」というニボワイエのことばは、ここでも十分に妥当しうるであらう。わたくしにとつては、最も身近な問題——日本の問題——が最も困難なもののように思われる。そして実際、われわれは日本人としての思考様式から決して脱却しえないのであつて、そのようなわれわれが視野をわが国にのみ限定すれば、そこから普遍的な結論は導き出し難い。もしそれをそこに絶対的に局限するならば、絶対的な誤りに陥ることもあるであらう。

以上にあげた理由に基づいて、わたくしは法継受の比較研究を経てわが国の問題に立ち返りたいと考える。その連鎖における一環として、ここにトルコにおける継受をとり上げるのであつて、その意味において本稿の直接の目的は、その継受を遠方から観察しそれに含まれる意味や問題を明らかにすることによつて、法の継受一般に秘められた謎の解明のために或る手懸りを得、わが国における外国法継受の分析にも何がしかの足場を得ようとする

いうことにあるのである。

- (5) 川島、日本人の法意識（岩波新書）、一九六七年、四一頁。
- (6) Koschaker, Europa und das römische Recht, 3., unveränderte Aufl., 1958, S. 137 f.
- (7) Mitteis, Die Rechtsgeschichte und das Problem der historischen Kontinuität, Abhandlungen der Deutschen Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Jahrg. 1947, Nr. 1, 1948, S. 22 f.
- (8) Zajtay, La réception des droits étrangers et le droit comparé, Revue internationale de droit comparé, 1957, No. 4, pp. 690, 696, 705.
- (9) Niboyet, La fonction de droit comparé, Pandectele Române, 1934, p. 57, cité par David, Traité élémentaire de droit civil comparé, 1950, p. 78.

いささか抽象的な仕方です。右に掲げた本稿の目的は、實際極めて老大な内容を有するので、本稿においてそれを十分に達成しようとは思えない。従ってここでわたくしが利用しようと思われる方法と関連づけながら、この目的を具体化しておくことが適當であろう。

本稿の全体においては、歴史的方法と社会学的方法とを併用する。法の継受は、個性記述的視点と法則定立的視角がともに不可欠だからである。しかしわたくしは、社会学的方法のうちでもとりわけ文化社会学の成果を利用するであろう。法の継受は外国の法的思考財の輸入であり、<sup>(10)</sup>その法的思考財とは結局一国一民族の法文化であるから、その輸入とは言つてもそれは相異なる二つの法文化の衝突であり、より正確には滲入統合の現象としての把握されざるをえない。<sup>(11)</sup>この意味において法の継受は、いわゆる文化変動理論の最も典型的な一局相と思えるのである。その場合にこの文化の概念が文化社会学によつて深化された意味に把握されるならば、文化は、現存する素材に対する知的な加工としての文明とは異なる靈的な加工である。<sup>(12)</sup>そしてそれは、論理的、普遍妥当的、必

然的な事物の宇宙を構成する文明とは異なり、その生れ出た歴史体の中に封じこまれ、これと内面的に結合したものであつて、客観的な宇宙を構成しない。従つて、例えばギリシャ文化は、ギリシャの歴史体からとり外して、移植し反覆しうるものではない。ルネッサンスを通じてギリシャ文化世界の表現とその靈的な内容が探索された場合にも、そこに創られた文化世界は、ギリシャ文化とは似ても似つかぬ別物の新創造だつたはずである。<sup>(13)</sup>文化の概念自体について少くともこれだけの配慮をしておくならば、法文化の衝突としての法の継受も、単なる機械論的伝播主義の観点では処理できないのであつて、おのずから文化変容主義の観点が導入されざるをえないのである。この立場に立つて、はじめて、二つの法文化類型の多面的かつ長期の接触と浸潤から生ずる文化統合的变化が探求されうるのであらう。そこでは、この文化統合における内在的要因と外在的動因が等しく追求されなければならぬ。<sup>(14)</sup>本論全体の構成において、いささか均衡を犠牲にしてもトルコ固有法文化の特質や外国法継受の原因の探求に比較的大きな労力をさこうとするのは、このような意味においてである。

右のような文化の概念から出発し、二個の法文化の衝突乃至滲入統合として法の継受を把握する場合には、法の継受は、固有法文化の外来法文化に対する自己防衛の過程を必然的に伴なう。すなわち、それは固有法文化の内面的価値内容に対する試練であると考えられる。<sup>(15)</sup>そしてその価値内容が尊重するに値いする場合には、法継受の前後にわたつて法の連続性が常に必ず存在することを意味する。<sup>(16)</sup>ミッタイスによれば、この連続性は、外来の影響に対する固有文化の独自性の主張としての防禦的連続性 (defensive Kontinuität) であり、同時にまた、外来文化の摂取の過程でそれを自己の文化に同化融合させる攻勢という意味における攻撃的連続性 (offensive Kontinuität) でもある。<sup>(17)</sup>いずれにもせよ、変動や転変の概念は持続や連続の概念を前提とする。<sup>(18)</sup>従つて歴史における飛躍とか歴史的連続性の革命的断絶を一面的に主張することは誤りである。革命ですら、それは過去のすべてを

否定するのではなく、革命に時間的に接続する過去の一部にしか反抗しない<sup>(19)</sup>。ヒンツェも言うように、岩石水成説（Neptunismus）と岩石火成説（Plutonismus）とはそれぞれ単独では地表の形成を説明しえないのであり、同様に固有の文化を有する歴史的社会的構造物は、進化論的發展と弁証法的發展の合力によつて形成されたものと考えざるをえない<sup>(20)</sup>。要するに歴史的發展をひとえに破局説（Katastrophen-theorie）によつて説明することは余りにも安易であり、しばしば誤りに導くものであつて、むしろ連続性原理が常に顧慮されていなければならないし、またドイツにおけるローマ法の継受が一六世紀に「破局的継受」（catastrophic reception）であつたとする通説的見解は今や放棄されていることを知るべきである<sup>(21)</sup>。この意味において、わたくしは、革命と外国法の継受による旧法の廃棄にもかかわらず、旧社会から依然として残っているものを本稿における被継受法の土着と異和において追求するであろう。実際、法の継受が二個の法文化の攻撃防禦の過程であり、しかも固有の法規範がとりわけ宗教規範や道德規範と結合し未分離の段階に止つているところでは、継受における法の変動は予想以上に緩徐な姿をとるのであつて、継受とはもはや一個の事件（Ereignis）ではなくて、一連の過程（Vorgang）なのである<sup>(22)</sup>。従つてその過程において生ずる變動の律動的な歪みこそ当然に問題の焦点になるのであつて、ここでわたくしは、オグバーンのいう文化遅滞（cultural lag）の仮設や、それを發展させたマキーヴァの技術的遅滞（technological lag）の理論を適用する余地がある<sup>(23)</sup>と考える。そして特にその関連で、かかる遅滞を惹起する原因としてマキーヴァの挙げる技術的阻害（technological restraint）の説を顧慮しておく必要があるであろう。すなわちその一は、官僚主義的利害による阻害であり、確立された秩序の惰性、伝統又は威信は、より効果的な方法や技術の導入を阻害する。その二は、経済的利害による阻害であり、或る職業団体に或る種の経済的利益、既得権、独占権或いは役得が確保されている場合には、それを脅かす新たな手続や方法の採用は大いに妨げられる。その三

は、文化的利害による阻害であり、旧社会の指導層や諸団体を支配する伝統、モーレス、特殊な道德的乃至教条的考慮は、改革に抵抗するのである。<sup>(24)</sup> もちろんわたくしは、マキーヴァの挙げるこれらの阻害要因が直ちに法の継受におけるそのすべてであると言うつもりはない。しかしここでわたくしが法の継受を問題にする場合には、少くともこれらの阻害要因は十分に顧慮されていなければならないと思うのである。

これまでにわたくしは、法継受の研究に有用と思われる方法との関連において、本稿における目的をいささか具体化したつもりである。わたくしはそれらの目的が本稿において十分に達成されるなどとは思わない。むしろわたくし自身、法の継受が世界法史の発展における謎であり、その謎が広く深いと痛感するのみである。従つてわたくしは本稿をもつて問題の解決としてではなく、むしろ問題の提起としてみられたいと願っていることをあらかじめここに付記しておきたいと思う。

(10) Hirsch, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 50, 1954, S. 337.

(11) 野田、日本における外国法の摂取、岩波講座 現代法14、一九六六年、一六一頁以下。大木、ソ連におけるブルジョア法の継受、立教法学九号、一九六七年、四五頁。

(12) アルフレート・ヴェーバーは言う。「文明宇宙は、現存を合目的に有用に開明し、合目的に有用に形成して、大王国をもたらしが、しかし、現存を形成するにあたって、合目的性と有用性の観点に縛られ、それから一步も出ようとはしない。現存を文化的に形成することは、これに反して、合目的性や有用性には、全然関係がない。宗教と理念体系の場合に現存にはたらきかけるもの、そして、芸術作品や《造型》の場合に再現されるものは、「文明とは」まったく別の範疇や直観の地帯、つまり霊的なものから流れる。それは、文明的なもの、つまり現存素材の知的な加工とは対蹠的な、霊的な加工であり、形成である。」更にかねは言う。「文化とは、魂が表現するもの、魂が意欲するものにすぎない。とともに文化は、すべての知的な現存文明の背後にある《本質》、つまり《魂》であって、魂が表現しようとし、意欲するとき合目的性や有用性は頭から問題にしない。この際、文化にとっては、生の素材にわけ入り、それを形成することが問題なのである。」(Alfred Weber, Gesellschaftsprozess, Zivilisationsprozess und Kulturbewegung, 1921 — A・ヴェーバー・山本・信太・



草薙共訳、文化社会学、創文社、昭和三三年、四七一八頁。

(13) A・ヴェーバー・山本他共訳、前掲、三八―九頁。

(14) 佐々木斐夫、「文化の変動」、講座社会学、第三卷、社会と文化、東京大学出版会、一九五八年、二六六頁以下。

(15) ミッタイスは言う。「もしも受容する側の民族がとりこもうとする独特な価値と、既存の文化価値の貯蔵所から自己を内面的に豊かにしようとするこの民族の内在的力とを考慮におかないならば、民族から民族への文化の移動を研究することはできない。オーバンが、外国文化財の受容と同化は一文化が外来者についての自己喪失から自己を防衛することに成功する限り、常にその民族又は文化の内面的価値内容に対する試練を意味すると確言するとき、いかなる法史家もこのことを無条件に承認するであろう。」(Mitteis, a.a.O., S. 8.)

(16) オーバンは言う。「連続性の問題について言う最も一般的なことは、連続性は到るところで常に存在したこと、到るところで諸民族と諸生活圏は、かれらが創造した文化財を他の諸民族及び生活共同体に引渡し、遺贈したこと、古代以来、生活は決して白紙 (tabula rasa) の上に新たに開始されたのではないこと、少くとも歴史の半分は連続性に立脚すること、そしてそれなしには何ら歴史 (Historie) はなごころである。」(Aubin, Zur Frage der historischen Kontinuität im Allgemeinen, Historische Zeitschrift, Bd. 168, 1943, S. 229.)

(17) Mitteis, a.a.O., S. 7.

(18) ミッタイスは言う。「生成と存在、経過性 (Prozessualität) と同一性 (Identität) との間に、約言すれば持続 (Dauer) と転変 (Wandel) との間には、真の弁証法的交互関係が存在する。持続の概念は転変の概念を前提し、かつ、その逆でもある。何か変らないもの、すなわち流動している諸現象に静止した極が存在し続けるところにおいてのみ、探求者の精神は変化一般を看取しうる。どのような変化でも何か或るものの変化であり、従ってまた、変化においては自己を変えしかもその場合に自己自身とともに依然として同一のものとして止っているような何か或るものを前提とする。ただ転変から持続はその光を受けとり、それは歴史的な関連にまで成長する。『歴史的な或る事柄が展開に達するという場合に、そのことは、常に自己自身に忠実に止っていること (ein Sich-selbst-treu-Bleiben) に基づいて起るのである。』」(Mitteis, a.a.O., S. 6.)

(19) Berman, Justice in U.S.S.R., 1963 (revised edition, enlarged), p. 188——バーマン・明山訳、ソヴェト法制度論、昭和三二年、

(20) Hintze, a.a.O., S. 213 f.

(21) Lawson, op. cit., p. 25 f.

(22) Mitteis, a. a. O., S. 21.

(23) オグバーンによれば、文化變動に際して文化の種々な部分領域は同じ割合では変化しない。しかもそれらすべての部分は相互に独立的でもあり、相關的でもある。従っていわば変数的部分の激変は、函数的相關領域に並行的変化と再適應を要求する。この函数的領域の変化が遅れるとき、それは、文化遲滞と称せられる。(佐々木、前掲、二六七頁。) オグバーンの提起したこの仮設に対する批判については、cf. MacIver and Page, Society, An Introductory Analysis, London, 1957, p. 574 et seq.

(24) MacIver and Page, op. cit., pp. 576~7.

## 第一章 トルコ固有法文化の特質

外国法の継受が一般に継受国と被継受国における法文化合流の最も激烈な過程であるとする限り、われわれは、トルコにおける外国法の継受を論ずるに先立つて、まずトルコ固有の法文化を把握しなければならない。その場合に、トルコはオットマン帝国を指し、その固有法文化とはイスラーム法文化を意味する。もちろんそれを詳論する余裕と能力はないので、ここでは僅かにその全体像を浮彫にし、かつ、伝統的なトルコ人の法的思惟を説明しうる二三の特質を挙げるに止める。<sup>(1)</sup>そしてあらゆる個々の特質を無視して最も大胆な一般化を敢てするならば、イスラーム法の宗教性と不動性と非実用性とをその特徴とみなしうるであろう。

(1) 野田教授は、「法の比較がその対象たる諸法の現実相に達しようとするならば、その比較は、諸法制度の相異や一致に限定されるべきではなくして、各法体系に固有な法の考え方 (conception du droit) を把握するに至らなければならない。」(Noda, La conception du droit des Japonais, Etudes juridiques offertes à Léon Juliot de la Morandière, 1964, p. 422 et s.)と述べておられるが、わたくしがここで明かにしようと試みていることも、トルコ人の「法の考え方」である。

イスラーム法の基本的特質を語る場合に、われわれは何よりもまずその宗教的性格すなわち法と宗教の不可分の結合に注目しなければならない。すなわちイスラーム法は、近代的意味における国家や政治と不可分の関係にある固有の意味の法ではなくして、政治的国境を越えて存立しているイスラーム宗教共同体の成員、すなわちイスラーム教徒の服する特殊な法である。<sup>(2)</sup> もちろんモーゼ五書のヘブライ法におけるように、またキリスト教のカノン法並びに西欧法一般におけるように、宗教は法に著しい影響を及ぼした。しかしとりわけ西欧においては、政教分離が確立していないところでも、国家は法制度を主として世俗のこととし地上の問題と考えてきた。これに対してイスラーム法は、予言者マホメットに啓示されたアッラーの意思を、その主たるそしてほとんど排他的な淵源とする。<sup>(3)</sup> すなわち、シャリーア (shari'a = sacred law) と称せられるイスラーム法の総体は、コラーン (Qur'an = the Word of God) スンナ (sunna = the Practice of the Prophet) イジマー (ijmā' = consensus) 及びキヤース (qiyās = analogy) から成る。コラーンはマホメットがアッラーから受けた天啓の集録であり、スンナはマホメットの言行である。これらは歴史的淵源であり、それゆえ自ら欠缺を免れ難く、従つて現実に生起する諸問題に対する学者達の一致した意見すなわちイジマーと明文の規定乃至文言からの類推すなわちキヤースが不可欠となるが、とりわけイジマーは、「わたしの共同体は、決して誤謬について合意することはない。」というマホメットのことばと「信者達の道とは別の道を歩む者は地獄に堕ちる。」という格律に基づいて、直接的にコラーンやスンナから導びかれない諸解決でありながらも絶対無謬性の權威を保持するものなのである。<sup>(4)</sup> こうしてそれらの全体から成るイスラーム法はイスラーム教と不可分の関係にあるのであつて、そもそもシャリーアということばそれ自体は、本来イスラーム教徒の守るべき道すなわちその信徒に課せられた宗教的義務を意味しているのである。<sup>(5)</sup> しかも西欧においてならば個人の良心にのみかかわる宗教的義務 (devoir religieux) がここでは法律的義務<sup>(6)</sup>

と一致している。<sup>(7)</sup> 実際にもイスラーム法書冒頭の諸章は、コラーンの定めに基づいて、洗淨、祈禱、施与税、斷食及びメッカ巡礼という宗教的諸義務に充てられているのである。<sup>(8)</sup>

こうして法と宗教の不可分の結合は、その法源についてまったく確實に言えるのであるが、このことは更にイスラーム社会の性格やその構成員たる信徒の心性からもうかがうことができる。すなわちイスラーム社会は、元来アッラーの下における宗教共同体であり、民衆の團結を導く力はナショナリズムや地縁であるよりもむしろ宗教すなわちイスラーム教である。<sup>(9)</sup> 一般的に言えば個人のみならず国家もまたコラーンに服する。<sup>(10)</sup> 国家の支配者は、信仰の保護者であり監視者であるにすぎず、<sup>(11)</sup> 原則として立法権を行使しない。立法者は神アッラーであり、法はアッラーの命令だからである。<sup>(12)</sup> しかもその命令は絶対的である。すなわちイスラーム教は、キリスト教と同様に一神教ではあるが、その場合にもその神アッラーは、神人合一の觀念とは無縁な、その意味で人格からまったく超絶した唯一の神であり、<sup>(13)</sup> 従つて信徒は、その命令すなわち神の意志に対して絶対の服従を要求される。未信者にはコラーンが劍か、すなわち「あれかこれか」の択一を迫り、非信者と異端には劍を、異教徒には聖戦<sup>ジハード</sup>をもつて報いるのが信徒の義務なのである。そしてそもそも「イスラーム」ということばは、神意に対する「絶対の服従」を意味しているのである。<sup>(14)</sup>

国家も個人も神の意志に対する絶対的服従を要求される以上、神の前に義務はあつても権利の主張はなしえない。従つてイスラーム法は一般に西欧法の意味における権利の觀念を含まない。<sup>(15)</sup> そしてまたイスラームの意味における立法者がアッラーの神のみである限り、そこでは、法の發展も法の創造ではなくして法の発見を通じて行われる。法の基本的所与は、既にすべて聖典にあり、人間は、過去と現在においてのみならず将来においても神のみの備える道、神のみの創造的活動によつて定められるものを宣明しうるにすぎないと信ぜられる。<sup>(16)</sup> 聖職者乃

至学者の任務は、法を可能態から現実態に化することであり、<sup>(17)</sup> その際にかねらの意見は、理性によらず神の啓示に基づいて立てられたのであつた。<sup>(18)</sup> 特殊的にはこのことが、そして一般的にはこれまで述べた法と宗教との不可分的結合が次に掲げるイスラーム法の第二の特質すなわちその不動性乃至停滞性の根本的原因とならざるをえないことは明らかであろう。

(2) David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 2. éd., 1966, p. 25; Khadduri and Liebesny (ed.), *Law in the Middle East*, Vol. 1, *Origin and Development of Islamic Law*, 1955, p. 3, p. 87.

(3) Khadduri and Liebesny, op. cit., Foreword by R.H.Jackson, vi. ダヴィッドによれば、イスラーム法は、信徒共同体の法という点でカノン法と類似しているが、前者はその細目に至るまでイスラーム教に一致し、完全に啓示法であり、神法が地上に行われ、その違反は天上における制裁を課せられるのに対し、後者は、ローマ法の補充法であり、それ自体が神のことばというのではなく、人間の作ったものであり、「カエザルものはカエザルへ」といわれるように天上と地上の区別に立脚し、その違反には必ずしも天上の制裁を課さない等々の相違が指摘されている。(David, op. cit., p. 474 et s.)

(4) David, op. cit., p. 468.

(5) “sharia” という語は、最初はラクダが水を飲みに行く道を意味したが、転じて人が救いに至りうるように神によって定められた道を意味するようになった。(Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 86.)

(6) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 85.

(7) Arminjon, Nolde et Wolff, *Traité de droit comparé*, t. 3, 1952, p. 431, p. 403.

(8) Arminjon, Nolde et Wolff, op. cit., p. 431. 遠峰四郎、イスラーム法入門 (紀伊国屋新書)、一九六四年、二七頁以下。

(9) Khadduri and Liebesny, op. cit., Foreword, vi.

(10) Khadduri and Liebesny, op. cit., vii.

(11) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 4.

(12) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 3.

(13) コラーン第一二章は、アッラーの神性を述べる。「慈悲ふかく慈愛あまねきアッラーの御名において……一、告げよ、『これぞ、アッラー、唯一なる神、二、永劫不滅のアッラーぞ。三、子もなく親もなく、四、ならぶものなき御神ぞ。』すなわちアッラーは、キリスト教におけるエホヴァと同様に唯一神ではあるが、それとは異って、「生みも生れもしない」、すなわち人の父という觀念、人間との血のつながりという考えをまったく許さない存在である。従つてまた、キリストが聖靈によつて受胎した処女マリアの子であるのとは違って、マホメットはアッラーの使徒であり偉大な予言者ではあつても、神の子ではなく、人の子すなわち人間であるにすぎない。イスラーム教徒がかれの言行を模範とするという意味は、それがむしろ模範的人間の言行であり、人間として到達可能な範囲にあるからなのである。(蒲生礼一、イスラーム、(岩波新書)、昭和三年、一八、七二—三、一一〇頁以下)。

(14) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 97. 「イスラーム」はまた、「平和であること」をも意味する。これは、一切をあげてアッラーに任せ、他人に善行を施すという意味内容を有する。(蒲生、前掲、九二頁以下)。

(15) ダヴィドは、ローマ・ゲルマン法系、コモンロー体系及び社会主義法系のほかに、哲学的又は宗教的法系の概念を採用し、ここでは、大体において、正しい人に課せられる義務が強調され、かつ、権利の概念が存在しないことを指摘し、更にここで「法」ということが用いられるのは、他に適当な用語がないからであると述べている。(David, op. cit., p. 25.)

(16) Milliot, La pensée juridique de l'Islam, Revue internationale de droit comparé, 6<sup>e</sup> Année, No. 3, 1954, p. 450.

(17) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 4.

(18) David, op. cit., p. 471.

イスラーム法が創造を本質とする科学としての性格を主張しえず、神のことばの祖述を旨とする宗教と一致する限り、不動性と停滞性をもつて刻印されることは当然であらう。しかしここでは、それをイスラーム法の形成過程から確認しておくことが適當である。

コラーンは、マホメットの生涯を通じて折にふれた神の啓示を内容とする。その公式編纂は、マホメットの死後にイスラーム教徒の生活規範として天啓を確定する必要に基づいて、初代カリフが先ずこれを行い、次に第三

代カリフがその不備を補いながら、長短一一四四章の聖典として六五一年に完成したものである。<sup>(19)</sup>教徒は、それが生活規範のすべてであると考えたが、当時イスラーム圏の対外的膨張は急速に進み、コラーンのみでは被征服諸民族を含む版図における諸問題を処理することが不可能となつて、予言者であり模範的人物であるマホメットの言行、すなわちスンナの集録が九世紀頃に行われたのである。こうしてコラーンもスンナも法典の形態をとらず、現実生活に直接的に適用される法源であるよりむしろ歴史的淵源であるにすぎない。<sup>(20)</sup>それゆえ既に述べたように、コラーン及びスンナの解釈適用のための法学者達の合意すなわちイジマーは第三の法源として不可欠のものとなり、特にスンナの公定に前後して、かかる学説活動は活潑に展開された。イスラーム法の正統四大学派たるハナフィー、シャーフイー、マリーキー及びハンバリー諸派の成立もこの頃のことである。そしてイスラーム世界の再編成という政治的理由に基づく初期カリフらの保護奨励がその背後にあつたことは、あらためて言うまでもない。もちろんこの学説活動においては、常に確かに理性と信仰の関係という根本問題があり、学派間の対立もそのいずれをいかに重視するかという量的問題を廻つていた。<sup>(21)</sup>しかし理性と信仰の対決はなく、まして信仰に対する理性の勝利はなかつた。神の教えの前では諸学派の創始者達にも自由はなく、聖典における婚姻、離婚、相続人の指定、相続分の決定、利息の禁止等の諸規定を変えざる自由はなかつた。そして聖典の欠缺、不明瞭及び矛盾を補正すべき学説的活動の時期も、既に九世紀末には終り、聖典の公定、四大正統学派の確立及びイスラーム世界の政治的分裂は、もはやその後における聖典の自由な解釈を禁止した。<sup>(22)</sup>法学者に許される類推すなわちキヤースもかれに対して僅かに解釈における相対的自由を許したにすぎない。法は個々の事件を解決するものであるとするイスラーム法曹の基本的觀念からすれば、既存の法規や原則を類推して新たな原則を立てることは不可能であつた。<sup>(23)</sup>学者は各学派の創始者の權威に追隨し<sup>(24)</sup>その説を反覆した。創始者の權威的典籍のみが法学教育

の素材となり、あらゆる学説活動は、それに対する加除修正ではなくして、もっぱら註釈の作業となつた<sup>(25)</sup>。そして九世紀から一四世紀頃までに、イスラーム法曹の権能はますます縮小され遂には無に帰する。法学教育は極度に停滞し、例えばカイロのアル・アズハル大学におけるそれは、もはや一定の格言や章句の機械的な暗誦と化してしまつたのである<sup>(26)</sup>。要するにイスラーム法史上僅かに看取される創造的活動は、イスラーム文明の開花期にのみ限定され、イスラーム諸国そしてその文化の没落とともに停滞し静止した<sup>(27)</sup>。こうしてイスラーム法は、現実生活の実像から虚像に転じた<sup>(28)</sup>。それは、イスラーム法の第三の特質すなわちその非実用性の主要な原因となりうるであろう。

(19) 最初の編纂は、初代カリフ、アブー・バクル（六三二—六三四年）がウマル（第二代カリフとなる。六三四—六四四年）の進言に基づいて行なつたが、第三代カリフ、ウスマーマン（六四四—六五五年）が書記と三人の委員に命じてこれを改訂補充し、標準的なコラーンの原典を完成した（遠峰、前掲、二二頁以下）。

(20) Milliot, op. cit., p. 443; David, op. cit., p. 467.

(21) cf. Milliot, op. cit., p. 446. 遠峰、前掲、一七—八頁。

(22) David, op. cit., p. 471.

(23) Milliot, op. cit., p. 448.

(24) 初期の法学者達はムジタヒドと称せられ、法規を自分で聖典から演繹することができたが、その後の法学者はムカッリド（模倣者）と称せられ、ムジタヒドの発言に制約される者であつた（遠峰、前掲、一九—二〇頁）。

(25) David, op. cit., p. 471.

(26) Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Studienausgabe, 1. Halband, 1964, S. 608. マックス・ヴェーバーによれば、イスラーム法の発展をこのような型にはまつた法曹法となるように制約したのは、本質的にイスラームの組織、すなわち宗教会議や無謬的教職の不存在であるとされ、その実際上の結果として、イスラーム法の効力は或る特定の基本的制度に、すなわちかなり狭い実体法の分野に限定され



てしまつたとされる。しかも神聖な伝承の支配という原則からして、不可避免的な改廃も、個別的な事件のために立てられた意見とか、対立し競合する正統学派間のカズイステイクに基礎づけられ、従つてまた、法的思惟の形式的合理性の欠除のみならず、法統一のための体系的法創造の不能という事態が招来されている。（Weber, a.a.O., S. 608 f.）

(27) ファン・デン・ベルクは言う。「今日、（イスラーム）法の研究は、無味乾燥なカズイステイクの水準にまで墮落した。すべての法律家は、その頂点が自己の学派の創設者の權威にあるような權威のピラミッドによつて抑圧されており、かれはこのピラミッドに小さな石、すなわち若干の鑑定意見（*fettas*）を附加しようが、ピラミッドそのものは、有機的發展をなしえない。最大の法律家とは、他のところのように最も深い思想家とか聖典の最良の解釈者というのではなくして、先人達の鑑定意見を最も多く知っている者のことである……こうしてトルコでは、ムルテカ Mouleqa の継受以来公にされた多くの文献は、法規集や実務が発見させた欠缺を埋めるための多くの鑑定意見の註釈を内容としているにすぎない。」（Van den Berg, *Les Réformes législatives en Turquie*, *Revue de droit international*, t. 28, 1896, p. 246, — cité par Arminjon, *Nolde et Wolff*, op. cit., p. 435.）

(28) Milliot, op. cit., p. 451. フスケは言う。「フィクフ「イスラーム法学」は、現実の映像であらうとは欲しない。それはむしろ信徒達を宗教的理想へ向つて導く燈台として存在するものである。もつとも極めてしばしばかれらはこの方向に進みはしないのであるが。フィクフを諸事実の進化に適合させるという理念は、この体系にはまったく無縁である。」（G.H. Bousquet, *Précis de droit musulman*, 1950, No. 18 — cité par David, op. cit., p. 473.）

イスラーム法が宗教と不可分的に結合し、しかもその創造的活動が既に九世紀末には終つてゐる限り、それが不斷の変遷を遂げる民衆の法生活から遊離し、非実用性をもつて特徴づけられるに至つたことは言うまでもない。しかしわれわれは、それをイスラーム法の担い手とその法全体の構成及びその性格から裏付けることにしよう。<sup>(29)</sup> イスラーム法の担い手すなわちイスラーム法学者は、イスラーム神学者であつた。かれらは、経験主義的に判例の集積から法を構成したのではなく、その学説を聖典から演繹した。しかもかれらは、一般に純然たる理論家であり、むしろ意識的に生活の実務を回避した。そこで取扱われる問題は、现实生活において起りうる問題より

も、むしろイスラームの論理学や数学に関して教育的価値ある想像上の問題であつた。<sup>(30)</sup> 実践に対して理論が先行するところでは、例えば男女両性具有者の法律的地位というような極めて稀にしか起りえない問題を廻つて、真剣で詳細な論議が展開されるほどであつた。<sup>(31)</sup> しかもその理論は、四大正統学派の創始者達の権威が異常に高く、マホメットの言行から現在の法理論との間に介在する多数の祖述者達個々人の権威をとりわけ問題にするイスラーム法曹の心性からすれば、<sup>(32)</sup> 創造的なそれではなくして、模倣のそれであつた。ムジタヒド亡き後は、ムカリドすなわち模倣者乃至註釈者のみがイスラーム法曹を代表していたのである。<sup>(33)</sup> 既存の法規や原則を類推して新たな一般的原則を立てることの知らないかれらムカリドには、一般化、抽象化或いは体系化という觀念がなく、法典編纂という考えも存在しなかつた。<sup>(34)</sup> 具体的事件を処理する裁判官<sup>カディ</sup>にしても、また権威ある鑑定意見を下す学者にしても、神判に基づき人により異なる著しく便宜的な判断を下し、これに合理的理由を付そうとしなかつた。その結果として、かれらは法の合理化に寄与するでもなく、むしろ神法の非合理性を高めるのであつた。<sup>(35)</sup> 確かにこれらの生活する風土はオリエントのそれであり、かれらの理想的人間像は、詩歌管絃に長じ信仰厚く情操豊かな大人のそれであつて理性的人間のそれではない。従つてかれらのつくり上げた多くのイスラーム法書において、合理的規範よりも優雅、繊細、洗練の美德が随所に誇示されていたことは当然のこととしなければなるまい。<sup>(37)</sup>

イスラーム法は、こうして煩瑣な、そしてそもそも体系をなさない不合理な宗教的規範と伝承の集積である。そしてイスラーム法書においてとられる分類や区分には実践的意味に乏しく、その定義はしばしば恣意的であつた。それは法書においてのみならず、法規集においても同様である。前述のようにイスラーム法曹の間に法典編纂の觀念はなかつたが、一六世紀以来法改正運動はあつた。しかしそれもまた、マホメット在世時とその後二三世紀における「記憶を越える太古慣習」の確認以上のものではありえず、また一八三九年のギユルハネ憲章と

もに始まる改革運動の所産として一八六九年から一八七六年にかけて制定されたメジエ（Majalla, Medjellat）も、その実質においては固有の意味の法典ではなくして慣習法の採録であるにすぎなかった。<sup>(38)</sup>そこでは明文の規定によつて慣習が法源と認められ（第三六条、第四五条）、慣習が契約文言の不備を補い（第四三条）、慣習法規範が制定法規範と同等の効力をもち（第四五条）、それどころか前者は後者の意味を変更しうるものとされていた。<sup>(39)</sup>このようにメジエ自体が慣習法から成り立ち、かつ、慣習を極度に尊重している以上、それが序章と一六編から成り全体では一八五一カ条にのぼる大部の法典ではありながら、民法の全体を包括しえず、項目の分類も無秩序であり、<sup>(40)</sup>実体法と手続法の分化もなく、全体として極めて不統一かつ非体系的なものとならざるをえなかつたのである。<sup>(41)</sup>内容的にこれを見ても、先ずそれは、西欧的な契約自由の原則を知らない。西欧においては契約に関してあらかじめ個人に広汎な自由を許した上で公序良俗や信義誠実の原則によつてそれを控制しようとするのに対して、イスラーム法は、あらかじめ個人に義務のみを課することによつて個人の自由を厳しく制限し、契約の類型や要件も限定する。<sup>(42)</sup>契約法の全体は、経済的原理よりも宗教的道德的原理に立脚し、従つて、例えば売買契約においても宗教的理由に基づいてブドー酒、豚肉、死獣等を売買の客体から除外する。しかも契約法における経済的諸概念は非経済的観点から定義され、<sup>(43)</sup>それだけ道德的、慣習的規範の作用領域が拡大されている。このことは、確かに現実の法生活に或る種の柔軟性を与えているともみられうる。<sup>(44)</sup>しかし、それは西欧法的意味における契約自由ではありえない。次に所有権絶対の原則は、メジエにおいても掲げられているのであるが（一一九二条、一一九四条）、むしろ重点は相隣関係、共同所有関係等の規制におかれており、個人主義的所有権絶対の原理ではなくして、イスラーム宗教共同体の成員間における良き隣人関係が重視される。例えば、地下水、河川、海洋等の共同の利用関係とか物の共有者相互間の権利義務関係について詳細な法規制がなされ、土地の先買権を共有者から直接の隣

人にまで拡大する等イスラーム所有権法の基礎は、むしろ団体主義的であると言わなければならないであろう。<sup>(45)</sup>最後に、メジエレは、過失責任の原則を知らず、物を毀損した者は、その損害自体について責任がある(第九一二条)。偶発的に他人の物を損壊した場合でも加害者は損害賠償義務を負うが(第九一三条、第九一六条)、その場合にも加害者の故意過失は問題にされず、もっぱら加害者の行為の結果だけが問題にされる。すなわちここでは、客観的責任乃至結果責任の原則が支配する。<sup>(46)</sup>こうしてメジエレは、大体において契約自由、所有権絶対及び過失責任という近代法の基本的諸原則を知らないのである。このことは、イスラーム法全体の宗教性及び不動性をはじめとして、その非体系性、不合理性、煩瑣性等と相俟つて近代的法生活におけるその実用性を大いに奪い去っていたのである。

(29) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 86.

(30) Arminjon, Nolde et Wolf, op. cit., p. 430; Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 86.

(31) Arminjon, Nolde et Wolf, op. cit., p. 432.

(32) マホメットの言行に関する伝承は、典拠の連続を示すイスナード (isnād) と主文 (matn) から成り、イスナードが前置され、その末尾に主文がおかれる。例えば、「某が某に、某が某に次のように伝えた。『予言者が……と言った。』と。」その際、権威ある証人の連がりによつて予言者の言行の部分であるマトンが権威づけられた(蒲生、前掲、一〇二頁)。

(33) M. Weber, a.a.O., S. 607.

(34) Milliot, op. cit., p. 448.

(35) M. Weber, a.a.O., S. 609.

(36) オスマン社会で教養ある紳士と認められるためには、コラーンを楽に読め、法学や神学の知識を有し、ペルシャの古典に明るく、詩才に長じていなければならなかった。或る大宰相は、詩をもつて戦況を報告し、スルターンの方も詩によつて命令文を書いたといわれている(三橋富治男、トルコの歴史(紀伊国屋新書)、一九六四年、二二九頁以下)。

- (37) Arminjon, Nolde et Wolff, op. cit., p. 432.
- (38) Milliot, op. cit., p. 451; Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 296.
- (39) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 297.
- (40) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 296.
- (41) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 298.
- (42) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 299.
- (43) 売買契約によつて例示しよう。メジェレ第一〇五条は、「売買は、物と物との交換である。」と定め、第二六条では、「物は、人間本性によつて欲せられるものであり、かつ、必要時に備えて取り除けておかれうるものである。」と定められている。また、第二一〇条において、「一般には財物と認められない物の売買は……無効である。」と規定されている。これらの規定は、確かに曖昧かつ非経済的見地から設けられていると言えるであらう。
- (44) ダヴィドは言う。「マホメット法は不動であり、この特質を主張する理由はあつた。しかしそれが同時に多くの手段をもっていることも真実である。その不動性と同じ資格で、その柔軟性を強調することが適當である。これらの特質のそれぞれの間に何ら矛盾は存在しない。……マホメット法は不動ではあるが、それは、建前を侵害しないで社会のあらゆる事件に満足を与え、しかも特に近代社会を構築するような解決に達しうるような仕方、慣習、両当事者の合意、行政法規に作用の余地を残している。」(David, op. cit., p. 477 et s.)
- (45) Khadduri and Liebesny, op. cit., pp. 301~303.
- (46) Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 304.

これまでに述べたことの全体からわたくしはまず旧制トルコの法文化が西欧諸国のそれに比して異質のものであるということを確認しておきたい。もちろん法の異質性ということは、しばしば安易に主張される嫌いがある。しかしイスラーム法は、その概念、用語、区分、その構造、機能等、要するにその形式と内容の全般にわたつて西欧法と著しく相違し、そこではもはや異質性を語らざるをえないのである。そして次に、これまでの概観

によつて摘出したイスラーム法文化の諸特質、すなわちその宗教性と不動性と非実用性が、まさしくそれに対して加えられる否定的評価である点に注目しておかなければならない。確かにそれらは、イスラーム社会の近代化を著しく阻害し、革命前のトルコすなわちオットマン帝国の衰亡をもたらす重大な原因をなし、その意味で帝国の担わざるをえなかつたマイナスの負荷であつた。しかしここで注意すべきことは、それらが西欧法文化を中心におき近代化を西欧化と同義のものと解する前提においてのみ加えうる評価だということである。ところがわれわれの思考の出発点は、そもそも容易には正義の内容を確定しえないということにあり、<sup>(47)</sup> しかも正義は、西欧世界の人々と同じ資格でイスラーム世界の人々も追求している理念なのである。内容的には相異なる二つの正義を掲げながらも、歴史はこの二つの世界の交流を必至のものとしてきたことに問題がある。この問題が十字軍によつても聖戦によつても遂に解決されなかつたということは歴史の狡智と言ふべきであらうか。それにしてもこの二つの世界が必然的に接触し、西欧の正義乃至法文化が人民の物質的福祉のみならず精神的救済の点で優越しているという事実が明白になつたときに、トルコは伝統的正義の観念を廃棄してもその近代化のために西欧法文化の摂取という途を選ばざるをえなかつたのである。トルコ人にとつても近代化とは西欧化と同義語とならざるをえなかつたのであり、このことはそれ自体大きな決断を意味した。そしてその時に、イスラーム法文化の諸特質は、かれらにとつて明瞭にネガティブな負荷として映じたのであつた。しかしそれらの特質は、果してそのすべてが廃棄されえたであらうか。民衆は、宗教的義務の意識から脱却して法律的権利の意識に目覚めえたであらうか。法曹は、非合理で厳格な神法の祖述という習性を離脱して合理的で自由な現代法の創造を遂行しえたであらうか。そして法曹にとつても民衆にとつても、法が実用性を欠き現実の社会生活からは遊離した存在であるとみられているところにおいて、果してかれらは異質的な社会に形成された法を継受し、これを一挙に社会統制

の規範として機能させ、或いはかかるものとして遵守しえたであろうか。本稿においてわたくしは、これらの問題を常に意識しながら、差当つては次に、トルコにおける外国法継受の原因とその過程を分析しておかなければならない。すなわちトルコ固有法文化のマイナスの負荷が、更にどのような原因によりどのような過程を経て包括的な外国法継受を招来したかがそこでは問題となるであろう。

(47) Zweigert, Nationale Rechts Traditionen, Weltrecht und Gerechtigkeit, in: Neue Perspektiven aus Wirtschaft und Recht, 1966, S. 333.

## 第二章 トルコにおける外国法の継受

前章において素描したトルコ固有法の静態の解明は、確かにトルコにおける外国法継受の研究における前提となる。しかしその研究自体は、まず固有法文化の静態的解明を越えて、更に継受を不可避的にした外来の衝撃と内在的原因の動態的分析によつて補われなければならない。<sup>(1)</sup> すなわち、イスラーム固有法文化の諸特質がマイナスの負荷としてトルコに課せられていようと、それだけではトルコにおける外国法の継受を惹起しない。それどころかトルコではシャリーアを守らないから国が乱れるという観念が根強く支配していたほどなのである。<sup>(2)</sup> このような観念に安住していたトルコ人に加えられた外来の衝撃と、その間に醸成された内在的動因は、極めて複雑に交錯しているので、その把握には刻明な歴史的研究を必要とするであろう。もちろんこの種の包括的研究はわたくしの能力を越えるので、ここでは次の第一節において、継受の原因を説明しうる若干の事実を摘記するに止める。

次にトルコにおける外国法の継受は、法史上しばしば起つた継受のなかでも、トルコに独自・特殊な継受の現

象であるから、その独自性乃至特殊性を明らかにするために、第二節においてその継受の過程を考察する必要があるであろう。

(1) 佐々木斐夫、「文化の変動」、講座社会学、第三卷、一九五八年、二六六頁参照。外来の衝撃に関してプリッチは次のように述べている。

「国内政治的観点の旁らにおいて、特に相異なる文化圏に属する諸国間における継受が問題になる場合には、一般に对外政策的観点も作用する。ここでは、しばしば对外政策的動因が継受への衝撃を与え、或いは少なくともそれについて決定的に作用する。」(Pritsch, Das

Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 59, 1957, S. 132.)

(2) Ward and Rustow (ed.), Political Modernization in Japan and Turkey, 1964, p. 6.

## 第一節 継受の原因

かつてアジア、アフリカ、ヨーロッパの三大陸にまたがる大帝國を形成したオットマン・トルコは、一七世紀初頭によりやく衰退のきざし濃く、一八世紀以来しばしば戦かい、そして戦えば敗れ、敗ればほとんど常に領土を失うという状態を繰り返し、遂に二〇世紀初頭にはアジアの西端に位する一弱小國と化するに至った。そもそも東方民族の出でありながら、オットマン・トルコは、ほとんど建国以来伝統的に西向きの姿勢をとり、従つて戦争における勝利者は、常にヨーロッパ列強であつた。そしてあたかもわが國において黒船の威嚇が太平の夢を破つたと同様に、これらの戦争、殊にその敗戦は、次第にトルコの変革を要求した。トルコにおけるヨーロッパの軍制、軍備、軍事学の研究は、その変革の端緒となり、かつ、ヨーロッパとの活潑な交流の発端をなすに至った。ここでわれわれは、オットマン帝國絶対王政の基礎として、「支配者は、兵をもたなければ力をもちえない。」という確信があつたことを想起しなければならぬ<sup>(4)</sup>。そして実際にオットマン・トルコ西欧化の父と仰がれるセリム三世(Selim III, 1789~1807)は、西欧諸國に派遣した大使達にそれら諸國の軍事制度を研究し、大使



館員達に外国語を習得すべきことを命じ、フランス士官の協力を得て軍学校を創設し、その結果としてフランス語と西欧的進歩の観念を導入するに至った。<sup>(5)</sup> もちろんかれは、ヨーロッパ軍制の摂取のみならず、ヨーロッパの科学、教育方法、制服等の採用を志した。その科学は伝統的イスラーム思想に挑戦し、その制服は伝統的シンボルに挑戦するものであった。<sup>(6)</sup> こうして、伝統的に西向きの姿勢をとり、そして古くから西欧世界との接触を保ったトルコの改革は西欧化のそれであり、この時既に、その近代化は西欧化と同義的であった。このことは、トルコにおける西欧化自体が久しい歴史的経験を有することを意味しているのであり、その西欧化が窮極的に成功したか否かの評価はさておき、少くともその経験がこれを容易にしたということは否定しえないであろう。と同時に、多くの他の後進国の近代化がそうであったと同様に、トルコの改革における決定的契機もヨーロッパに対するその軍事的劣位の自覚、すなわち何よりも軍事的危機意識であったことを看過しえないのである。

(3) オットマン帝国の敗戦と領土の割譲は、既に一六九九年のカルロヴィッツ条約以来連続的に生じている。その軍事的敗北の歴史を単に年代順に列挙すれば、この帝国は、一七一八年、一七七四年、一七九二年、一七九九年、一八二二年、一八二九年、一八七八年、一九二二年、一九一三年、一九一八年の各年において敗戦を経験している。(Davison, *Environmental and Foreign Contributions*, B. Turkey, in: *Political Modernization in Japan and Turkey*, edited by Ward and Rustow, 1964, p. 49.)

(4) Inalcik, *The Nature of Traditional Society*, B. Turkey, in: Ward and Rustow, op. cit., p. 42.

(5) Inalcik, op. cit., p. 49; Davison, op. cit., p. 94.

(6) Inalcik, op. cit., p. 49; Davison, op. cit., p. 96.

オットマン帝国における軍事的危機意識は、更にその政治的危機意識と結合して数次の改革を遂行させ、次第に革命を醸成した。セリム三世の示した西欧化の方向は、マフムド二世 (Mahmud II, 1807~1839) によつて受け継がれ、かれは、相次ぐ内憂外患の時期にもかかわらず、軍事、行政、教育、殖産興業等諸般の改革を遂行し、

殊に多くの伝統的官職を廃止して、組織人員共はかなり西欧的な官僚機構を創設した<sup>(7)</sup>。その改革は服飾にも及び、ターバンがフェス（トルコ帽）に代えられたのもこのときである。この改革の動きは、かれの死とほとんど同時に始まる大改革タンズイマートすなわちタンズイマーテハイリエ（恩恵的改革）に連なる。それは一八三九年十一月三日の「ギュル・ハネ」（Gülhane）憲章の発布とともににはじまるのであるが、ここに二〇世紀初頭における包括的な外国法継受の萌芽或いはその直接的動機が隠されていたこと、そしてまた一九世紀末までのトルコの改革を特徴づける微温性が露呈されていたことに注目しておくことが適当である。

まずそこには、外国法継受のもつ対外政策的意味が隠されていた。すなわち、憲章の制定より先に、エジプト独立戦争に敗れたオットマン帝国は、西欧列強の支援を得るために何よりもその国家がエジプトと同等の進歩的國家であることを示す必要があつた。従つてこの憲章は、生命財産の保障、税制改革、徴兵制改革、及びそれらの事項における全オットマン帝国臣民の平等な処遇を約束し、そうすることによつて西欧列強の好感と承認を招くに値いするものでなければならなかつたのである<sup>(8)</sup>。次いで一八五六年にはハッティ・ヒュマユーン改革勅令（Hatt-i Hümayun）が発布されたのであるが、それは、一八五四年以来クリミア戦争においてロシアに対抗するためトルコが英仏両国と連合しなければならなかつたからである。すなわちそれと連合するためには、一連の行政改革と法の前及び軍隊におけるキリスト教徒とイスラーム教徒の平等処遇を実現しなければならなかつたのである。この改革勅令によつてそれを保障しトルコの近代化を証明することによつて、トルコは目前に迫つたパリ平和会議におけるイニシアティヴをとろうと努めたのであつた<sup>(9)</sup>。このようにして一九世紀において憲法的に行われた改革の背後には、トルコ近代化の体裁をとりつくりうという意図があつたのである。なお、この点で特に注目すべきことは、ギュル・ハネ憲章の発布以来タンズイマートの改革の過程において、オットマン帝国に一連の近

代的原理に基づく西欧法が導入されたことである。殊にフランス法は、商法、海商法、商事裁判法等の分野において不完全な、そして多くの誤訳を伴いながらも継受された<sup>(10)</sup>。その結果として、ギュル・ハネ憲章以後のオットマン帝国は、固有法と近代的西欧法の二元的体系を有するに至った。そしてこのことは、後の外国法継受に際して取引法の分野が比較的容易に定着する素地をなしたという意味をもつのである。

次に、一九世紀における改革は微温的性格を担わざるをえなかった。すなわちここに生じた異質的二体系の競合の事態においても、固有イスラーム法の不可触的地位は動揺しなかったし、シャリーアの線を離れる改革はありえなかった。確かにギュル・ハネ憲章の起草者レシッド・パシャ (Resid Pasha) 外相はかつて大使としてロンドンやパリに駐在して西欧文明に感嘆した。またハッティ・ヒュマユーン改革勅令の起草に与ったアリ・パシャ (Ali Pasha) とフワド・パシャ (Fuad Pasha) は、一八六一年から一八七一年の間交互に総理又は外相の地位にあり、ともにフランス語をはじめヨーロッパのことばに通じた親欧的政治家であつた。しかし、かれらの指導にもかかわらず、諸改革は常にシャリーアに基づき伝統の線に即したものの以外には考えられなかった。そして実際、ギュル・ハネ憲章の冒頭においては、一五〇年来のオットマン帝国衰亡の原因がシャリーアやカヌーン (帝国法) の無視にあると明言し<sup>(11)</sup>、かつ、その憲章によつて諸権利を保障する場合にも、シャリーアに基礎づけ、そこからの引用をもつて粉飾することによつて、憲章の有する革命的意図を保守陣営から隠蔽せざるをえなかったほどののである<sup>(12)</sup>。こうして一方では、改革事業がシャリーアに藉口して行われると、他方では、改革に対する反対者達もシャリーアの名において反対した。すなわち、既にセリム三世の改革事業の支持者はスルタンの重用を願う上層の教法学者や側近官僚のみであり、他のすべてのウレマ、地方貴紳及びイエニ・チェリ (オットマン軍人) は反対した<sup>(13)</sup>。タンズイマートの場合には、地方参議院の創設によつてオットマン帝国臣民、とりわけ非イスラーム教

徒にも行政への発言権が与えられたのであるが、實際上参議院を占めた地方高級官僚、ウレマ、地方貴紳らは、その地位を利用して改革を妨害した。殊にその税制改革は、——ここでマキーヴァのいう改革のテクノロジー的阻害要因を想起されたいのであるが——農民を保護し国庫を豊かにする目的で、地方貴紳、ウレマ、軍人らに対する免税や宗教的施設に対する免税を廃止し、地方貴紳の有した税金の代理徴収権を廃止したので、かれらは精力的に改革反対の宣伝をなし、戸口・土地調査を機会にデマを流して、保守的な農民大衆を煽動したのであつた。<sup>(14)</sup>そしてその宣伝に盛りこまれたかれらの主張は、非イスラーム教徒に対する市民的同権化とシャリーアに対する背教的無視こそ、国家と宗教の破滅に導くであろうということであつた。<sup>(15)</sup>こうしてシャリーアによる改革とそれに対するシャリーアによる反対とは、おのずから改革それ自体を微温的弥縫的なものとせざるをえなかつた。こうしてシャリーアは、オットマン帝国の発展を阻害する伝統墨守のとりでとなり、しかも諸改革がスルターン側近のウレマや高級官僚によつてのみ支持され、国民的支持を勝ち得なかつたところにその失敗の原因は胚胎してゐた。<sup>(16)</sup>このような改革の特徴は、改革それ自体を容易に反動に転化する可能性を有していた。一八七六年のミドハト憲法 (Midhat) はイスラームの伝統と両立しうる議会ということをスローガンとし、アブドゥルハミド二世 (Abdülhamid II) は、外国干渉に対処して帝国の団結のためにイスラームを強調し、かつ、苛酷な専制政治と秘密警察を実行した。<sup>(17)</sup>そこには、相次ぐ敗戦と反乱に悩み、微温的な諸改革では立ち直れないオットマン帝国の政治的危機並びにその意識があつたのである。しかしそれが一九二二年におけるオットマン帝国の崩壊とムスタファ・ケマルの革命に結びつくためには、更に他の原因、すなわちその破局的経済が介在しなければならなかつた。

(7) Davison, op. cit., p. 96.

(8) Davison, op. cit., p. 97.

- (9) Davison, op. cit., p. 97 et seq.
- (10) Khadduri and Liebesny, op. cit., pp. 286~289.
- (11) Inalcik, op. cit., p. 49. ギュル・ハネ憲章の冒頭においてはこの点が特に明瞭に宣言されている。「一五〇年このかたますます高まる種々の起源の紛争や不安のために、かつて強力で繁栄していたわが国は弱体化し分裂してきた。それはひとえに、われわれが宗教法も帝国法も遵守せず服従しなかつた」に基づくものである。(Khadduri and Liebesny, op. cit., p. 285.)
- (12) Inalcik, op. cit., p. 56.
- (13) Inalcik, op. cit., p. 50.
- (14) Inalcik, op. cit., p. 59 et seq.
- (15) Inalcik, op. cit., p. 60.
- (16) Inalcik, op. cit., p. 44 et seq.
- (17) Davison, op. cit., p. 99 et seq.

オットマン帝国末期の経済的破局を眺める前に、再びその絶対王政を基礎づけたオリエントの格言を顧みる必要があるであろう。すなわちそれは、「支配者は、兵をもたなければ力をもちえず、金がなければ兵をもちえず、臣民の福祉なければ金をもちえず、正義なければ民衆の福祉もありえない。」ということであつた。それは確かに富国強兵の思想にも相通ずるように思われる。しかし実はそこに強兵の観念はあつても、富国の理念は著しく異質のものであつた。民衆を富ますよりもそこからの誅求によつて国庫を富ますことが先行した。それどころかそもそも経済的観念はオットマン教養社会には久しく無縁のものであつた。この社会のエリート達は、農耕、牧畜、手工業に従事する数百万のイスラーム教徒を蔑視しただけではなく、経済問題は主として帝国内の異教徒すなわちキリスト教徒やユダヤ教徒に委ねられていた。すなわち近代的官僚機構を支えるべき商業資本としてのモスレム中産階級が存在しなかつたということは、数次の改革を失敗に導いていた。それどころか僅かに生れ出ようと

していた商業資本家は、行政部への登用を拒否し、国家の裁判権を免れる分派、いわゆるレヴァント人グループを形成していた。<sup>(18)</sup> すなわちかれらは帝国の忠良な臣民ではなかったのである。このレヴァント人グループの出現を促し、帝国の経済的破局の原因となり、ひいてはムスタファ・ケマルの革命を必至ならしめたものがほかならぬ外国人特惠条項 (capitulation) である。

外国人特惠条項は、元来少数派宗教団体たるミレット (millet) に与えられていた特権を初期スルターン達が外国人にまで拡張したものにすぎなかったが、一七四〇年にマフムード一世 (Mahmud I) がフランスに認めた信教・移動の自由、人身・住居の不可侵、免税、領事裁判権等を内容とする外国人特惠条項が先例となつて西欧諸国に与えられた。当初は互惠的条項であつたが、オットマン帝国の弱体化とともに列強はその特権を拡張し、遂にそれは、列強大使の交付する特許状 (berat) を有しその庇護下に商業に従事する者にまで拡大された。その特権や免除が世襲されたとき、レヴァント人グループが成立した。<sup>(19)</sup> こうして列強は、法律上も事実上もオットマン帝国経済の死命を制するに至つたのである。

経済的にまったく脆弱な基礎に立つオットマン帝国は、二世紀余にわたる戦争と反乱の戦費の支出と相俟つて、既にタンズイマート末期には経済的にも破局の様相を示していた。この難局を打開するために政府は外国から借款を求め、一八八一年に創設されたオットマン帝国公債管理委員会がそれを管理した。この委員会は、第一次大戦の直前に七億一六〇〇万ドルの外債を扱い、<sup>(20)</sup> 一九一一年から一二年の帝国年度予算の三〇・七パーセントは、この委員会による返済資金に充てられた。しかし借金 は年々増加し、予算の赤字補填のための借入金は、アブドゥルハミド二世の治下 (一八七六—一九〇九) に年平均一三〇〇万ドルにも達したのである。こうして政府の主たる任務は、収入源の発見と借金の返済のみとなつたのである。それは最も深刻な経済的危機であつた。そしてそ

の危機を「経済的」危機としてはじめて明確に意識したのは青年トルコ党であつた。

(18) Peter F. Sugar, *Economic and Political Modernization, Turkey*, in: *Political Modernization in Japan and Turkey*, ed. by Ward and Rustow, 1964, p. 152 et seq.

(19) Sugar, op. cit., pp. 153~155.

(20) この外債の六〇パーセントはフランス、二〇パーセントはドイツ、一五パーセントはイギリスが保有した。(Sugar, op. cit., p. 156.)

これまでに述べたオットマン帝国における軍事的・政治的及び経済的危機及びその意識は、一九〇八年の青年トルコ党による革命を醸成した。その革命自体は失敗に終つたが、その政治的理念や経済政策は民衆の記憶に残り、第一次大戦における敗北を契機にして党員ムスタファ・ケマルの指導による革命は、一九一八年から一九二三年の過程においてオットマン帝国の崩壊とトルコ共和国の新生をもたらした。すなわち一九二一年一月における革命的国民議会の国民主権宣言、一九二二年十一月におけるスルターン制廃止の宣言、一九二三年には新たな首都アンカラにおける共和国宣言、一九二四年にはカリフ制の廃止とトルコ共和国基本組織法すなわち新憲法の制定が相次いでなされた。こうしてムスタファ・ケマルの革命は成功した。しかし外国法の継受との関連においてこの革命の最大の障害となつていたものは、オットマン帝国における支配層、殊に教法学者の存在であつた。イスラーム世界からイスラーム教を奪うことはいかなる独裁者にも不可能であり、ムスタファ・ケマル自身も、多くはカリフ制の廃止に反対し、政府はスルターンを追放した時にも国民の宗教的忠誠心を惹くために自らカリフ制の保持者たる言明をせざるをえなかつたのである。<sup>(21)</sup>しかし教法学者の勢力は、少くともカリフ制が廃止されなければ破碎しえないことも事実であり、ムスタファ・ケマルは、カリフとその宗務庁 (seyhülislam) がギリシャ戦争中にとつた反逆的行為が民衆の記憶に新しい機会を把え、議会に要求して一九二四年三月三

日に最後のカリフを退位させた。しかし当時かれ自身が、近代化における最も重大な意味をもつこの措置をとるに際しても、宗教との斗争とかイスラーム教の廃絶ではなくして、政教分離の意図によるものであったことに注目しておかなければならないであろう。そして国教としてのイスラームと改組された宗教団体は、政府の統制下に維持され、ようやく一九二八年になつて国教の概念は憲法から抹殺されたのである。<sup>(22)</sup>

以上の概観によつて、トルコにおける外国法の継受に連なる外来の衝撃や内在的原因の動態はいささか明らかにされたとあろう。革命はトルコの政治体制を激変させ、真の意味の近代化を発足させた。しかしそこには依然として政治的動揺と経済的危機は存続した。宗教的・社会的・文化的イデオロギーは、旧制下のそれを保持し続けている。そこに新旧の交代はあつても、それは一線をもつて劃することのできない新旧の連続を遮断しきれないものであつた。かかる状況下にあつて、政治上の革命は法の革命といかに結合しえたであらうか。われわれは引続いてこの問題を跡づけて行かなければならないであらう。

(21) ムスタファ・ケマルのイスラーム教に対する態度は、カリフ制廃止直前に議會でなした演説の一節からもうかがうことができる。かれは言う。「われわれの神聖なイスラームの宗教は、われわれがそれに服していることを誇りとするところではあるが、それが過去数世紀間そうであつたように大いに政治の用具であるというのではないようにしなければならない。そうすることだけが、イスラーム教の高揚を可能ならしめるであらう。そして現世と来世の幸福のためにも、われわれは今やできるだけ早く、われわれの宗教とわれわれの信仰を、僅少なグループの貧欲な利益に奉仕する古い政治と古い政治制度の影響から解放しなければならない。こうしてのみ、このイスラーム教は、その最高の特性を発揮しうるであらう。」(Кемаль Агатаюрк, Избранные речи и выступления, Москва, 1966, Открытие первой сессии Меджлиса второго созыва, 1 марта 1924 г., стр. 325.)

(22) Sugar, op. cit., p. 163.



## 第二節 継受の過程

トルコにおける外国法継受の原因がトルコを廻る内外の圧力に由来することは、これまでに検討してきたところであるが、とりわけその継受の直接の動機として外国人特惠条項（*capitulations*）、殊にその領事裁判権撤廃の問題があつたことは注目に値する。すなわち一九二二年十二月、対ギリシャ戦の戦後処理問題を扱ったロザンヌ平和会議でこれが問題にされたときも、トルコ代表は、トルコが西欧に範をとつた、近代的で、宗教とは無縁な法典と司法制度を有するものであり、かつ、領事裁判権がトルコの主権独立と両立しないと強調したのであるが、これは列強の容れるところとはならなかつた。もちろんこれより先、既に一九二一年一月二〇日の憲法以来一九三〇年代にかけて、ムスタファ・ケマルによるトルコ国家世俗化の政策は継続されていたが、とりわけ一九二三年七月二四日のロザンヌ平和条約第四二条は、トルコに対して領事裁判権の廃止と引換えに非イスラーム教徒の平等処遇を内容とする家族法・人法の制定を義務づけたのであつた。トルコ法改革についてのムスタファ・ケマルの決断は、まさしくこれを契機とした。あらゆる反動を抑えるためには果敢かつ急速の措置を要するとかれは信じた。恐らくこの決断にはタンズイマート時代の法改革がフランス商法の翻訳によつたという経験も考慮に入つていたのであろう。いずれにしてもこうして法典編纂のために不可欠と考えられる事前の比較研究は放棄し、外国法をトルコ語に翻訳し、かつ、それを全体として継受するという基本方針が確立された。<sup>(3)</sup> それに応じて、一九二六年にスイス民法典とスイス債務法第一部及び第二部（債権債務関係）が継受され、また当時改正の審議中であつたその第三部（商會社、有価証券、商号）に代えてフランス、ベルギー、イタリア、ドイツ及びチリーの諸法から混成された商法典が同年に制定され、一九二七年にスイスのヌウシャテル州民事訴訟法典、一九二九年にス

イス連邦強制執行・破産法、ドイツ商法典第四編（海商法）、ドイツ船旗法及び船舶抵当法が継受された。また刑事法の分野では、一九二六年にイタリア刑法典が採用され（これは、一九三六年にイタリア新刑法典に基づいて改正）、一九二九年にはドイツ刑事訴訟法典が継受された。<sup>(4)</sup> こうしてトルコにおける司法法は、僅か約四年の間に全面的に外国法を継受し終つたのである。そしてその結果として、トルコにおける基本的法構造はいわばモザイク的法構造を示したのであるが、ここでは、火急の法改革という要請の下に多数の報告者が各法典編纂を分担し、しかもかれらが自己の有する外国語の知識と自己の受けた特定国の法学教育に基づき、それぞれ自己の親しんだ国の法典を翻訳し継受したという偶然的事情が大いに与つていたのである。<sup>(5)</sup>

右の事情は、民法の場合にも原則的には妥当するのであるが、ここでは何故スイス民法典が継受の対象として選ばれたかに関していささか見解の対立もあり、立ち入った検討を必要とする。すなわちスイス法を継受したトルコ民法典草案に対する司法省の理由書によれば、「トルコ共和国は、トルコの司法をこの混乱と苦難とそのまつたく立遅れた状態から救い、革命と現代文明の諸要求に応ずる新しいトルコ民法典を創り編纂することを不可避のこととなした。このような意図の下に、準備されたトルコ民法典は、諸民法典の中で最も新しく最も完全で、最も通俗的なスイス民法典から採用され借用された。」すなわちその選択は、スイス民法典の質的優秀性にあるとされたのである。<sup>(6)</sup> これに対してコオシャカーは、外国法の継受が法典の質的優秀性の問題ではなくて被継受国の権威の問題であり、もし一五年前すなわち第一次大戦以前に継受が問題になれば、強国ドイツの民法典が継受されたであろうとし、<sup>(8)</sup> ヒルシュは、当時の若く精力的な司法大臣がかつてスイスに学びスイス法を最良のものと信じたからであつて、もしかがドイツで学びドイツ法の優秀性を信じていれば、ドイツ民法典が継受されたであろうと考える。<sup>(9)</sup> またシュヴァルツによれば、フランス民法典は古すぎ、ドイツ民法典はあまりにも複雑である

から結局スイス民法典が選ばれたとされる<sup>(10)</sup>。また或いはプリッチは、トルコ法曹の比較的多数がスイスに学んだこと、対外政策的には大戦の中立国スイスの法を選ぶのが無難であつたこと、古びたフランス民法典及び余りにも異なる婚姻法を含むイタリア民法典を除けば、ドイツ民法典とスイス民法典が残るが、前者が難解で抽象的な法曹ドイツ語（Juristendeutsch）や煩瑣な準用規定と過多の条文数（二三八五条）等を有するのに対して、後者は明快で簡潔な用語と構成を有すること（条文数は一五二八条）、トルコではドイツ語よりもフランス語が普及していること、スイス民法典がドイツ語とフランス語とイタリア語を等しく正文としているため、翻訳上の便宜が得られたこと等をその選択の理由としている<sup>(11)</sup>。これらの各学者の見解は、それぞれ理由があるであろう。しかしそのいずれか一つを決定的理由とする根拠は差し当つて見出し難いし、それを選択における排他的原因として確定することは誤りであろう。従つてその選択を単純に法典の優秀性に帰することに対してコオシャカーが被継受国の政治的力や權威を問題にしたことはその限りで意味があり、他面において、問題の多いコオシャカーの命題の一般化<sup>(12)</sup>に対して当時の司法大臣がスイスに学んだというような偶然的事情が強調されていることもいわれのないことではありえない。差し当つてわたくしは、被継受法の選択というような法政策的に高度で法理論的に重大な問題の決定には、上述のような数個の理由が競合してその選択の原因をなしたものと推定することで満足するしかないと考える。そしてそのいずれにしても確実なことは、スイス民法典が継受の対象として選ばれたことなのである。

（1）一九三二年十二月二日、ロザンヌ平和会議で領事裁判権が問題になったとき、日本の林代表は、日本が領事裁判権を廃止させるまで長年月を要した事実を示して、トルコも漸進的態度をとるべきものと説いたのに対して、トルコ代表イスメット・パシャは、トルコにおける司法の近代化はクリミア戦争以前から始まつていたこと、商法、刑法、訴訟法は西欧のモデルに従い、司法制度も完全に世俗化され、法学教育も西欧のそれに倣つてゐること等を指摘し、「大トルコ国民議会政府は、決して外国人特惠条項の再樹立を承認しえない。」と反論した。その六日後の委員会で議長カッロニは、トルコにある外国植民地における外国人が裁判上の保障を必要としており、その保障はトルコ裁判所

が外国人裁判官を任命すればトルコ法の下でも実現されうるとした後に、「トルコは、短時日のうちにあらゆる現代の要求を果すよう法体系と裁判官団を創造しうるだろうと確信する。しかし新しい体制の下ですら、トルコ裁判所はまだその真価を発揮しえず、またトルコは今日もなおいささか宗教法に基づく法律に服していることは自認する必要がある。」と述べた。これに対してイスメットは、外国人裁判官の採用が「明かにトルコの独立と主権に両立せず」、トルコ民法典はどのような源に由来しようとも、「宗教的又は神学的性格を有せず……この法典に掲げる基本的原則や法規範に関しては、この法典と諸外国の法典との間に明瞭な相違は存在しない。」と強弁したのであつた。(Davison, *op. cit.*, p. 91 et seq.)

(2) 一九二四年におけるカリフ制廃止の後、行政と司法から宗教は除去され、宗務省は廃止されて、総理大臣直轄の局が設置された。宗教学校は文部大臣の管轄に服し、教会学校は閉鎖された。宗教裁判所やシャリーア訴訟法も廃止された。しかし、しばらくはイスラームが国教として存続し、シャリーアの規定の実現は議会の至高の任務とされ、議員や大統領は神の前で宣誓することが要求されていた。これが全廃されるのは、一九二八年の憲法改正を待たねばならなかつた。他方では、トルコ帽フェス、婦人の面被、イスラーム勲章の廃止、イスラーム修道院の閉鎖(一九二五年)、西洋暦法の採用(一九二六年)、アラビア文字の廃止とローマ字の採用(一九二八年)、高等学校におけるアラビア語とペルシャ語教育の廃止(一九二九年)、トルコ語の醇化、姓の呼称義務、軍人以外の位階勲等の廃止、教会外及び祭日外の聖職者用衣服の廃止(一九三四年)、金曜の代りに日曜を休日とする(一九三五年)等の世俗化、西欧化が次々に断行された。(Pritsch, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei—Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung*, in: *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, Bd. 59, 1957, S. 138 f.)

- (3) Pritsch, a.a.O., S. 140.
- (4) Pritsch, a.a.O., S. 140 ff.
- (5) Hirsch, *Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht*, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht*, Bd. 116, 1954, S. 208.
- (6) Pritsch, a.a. O., S. 142.
- (7) Koschaker, *Europa und das römische Recht, neu-und unveränderte Aufl.*, 1958, S. 138. なおコオシャカーがこの一般的命題を定

立するに至つた論理的経緯については、同書の S. 79 f., 114, 134, 157.

(8) Koschaker, a.a.O., S. 139.

(9) Hirsch, a.a.O., S. 206 f. ホルシユは更に、ニコラスティッシユに訓練されてきたトルコの法律家にとっては、文字に拘らず自由な解釈を必要とし、しかも欠缺の多いスイス法よりもドイツ法の方がより適していたはずであると述べている。(Hirsch, Ebenda.)

(10) Andreas B. Schwarz, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung, 1950, S. 48.

(11) Pritsch, a.a.O., s. 144 ff.

(12) コオシャカーの命題の不当な一般化に反対するものとしては、Bünger, Die Rezeption des europäischen Rechts in China, in: Deutsche Landesreferate zum III. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in London, Bd. I., S. 178, 188; Pritsch, a.a.O., S. 133, Anm. 16; Zajtay, La réception des droits étrangers et le droit comparé, Revue internationale de droit comparé, 1957, No. 4, p. 695 et s.

継受の対象としてスイス民法典が選定されると、主としてその翻訳のための委員会が二六名の法律家を委員として構成された<sup>(13)</sup>。スイス民法典の正文にはフランス、ドイツ、イタリアの各国語が用いられているが、トルコ法曹の間にはフランス語が比較的普及していたので、翻訳はフランス語正文からなされた。こうして委員会は、まず民法典草案を、次いで債務法草案を完成し、両草案は大国民議会の司法委員会（委員数一六名）の審議と議決を経た後、民法典は一九二六年二月一七日、債務法は同年四月二二日に議会の承認を得て、ともに同年十月四日を期して施行された<sup>(14)</sup>。

右の草案作成すなわち翻訳の過程においては継受一般に関して本質的な若干の問題があつた。それは主として言語の問題と原典からの意識的乖離の問題として概括しうるであろう<sup>(15)</sup>。

第一の問題すなわち言語に関する主要な難問は、二千年来まったく相違する淵源から発して形成された法的思

考財をまったく別個の觀念、表象及び文化圏に由来する表現をもつて再現することにあつた。一方においてイスラーム法としての旧トルコ法における圧倒的多数の法制度と法律用語は、スイス民法典に見出しえず、他方においてスイス法の制度と用語は、旧トルコ法に対応していない。両者はまさしく異質的な法だったのである。こうして例えば権利能力や行為能力という用語はトルコになく、これらはそれぞれ、「民事上の権利を享受する能力」及び「民事上の権利を行使する能力」としてそれに相当するトルコ語で訳出されざるをえなかつた。遺贈は、「特定物の処分」とか「特定物の終意的分与」という意味の用語によつて置き換えられ、占有質は、「引渡を約束された質」と訳出された<sup>(16)</sup>。しかも旧トルコの法律用語には伝統的に多くのアラブ語が用いられていたのである<sup>(17)</sup>が、この新民法典編纂の機会に適度の醇化主義に基づいて可能な限り民衆の国語であるトルコ語に代える努力がなされた。例えば、両親にあたるアラブ語 (ebeveyn=Eltarn) に代えて「母と父」というトルコ語 (ana baba) が用いられ、夫婦 (zevceyn=Ehegatten) の代りに「妻と夫」(Kari koca) が用いられた<sup>(18)</sup>。またこの法典編纂はイス法法精神や一般原則の継受であるのみならず、文字通りの、逐条的継受であつたが<sup>(19)</sup>、必ずしも逐語訳ではなくして、或る程度まではトルコの言語形式への適応がなされた。例えば、スイス民法典第三〇二条第一項においては、「婚姻外の親子関係は、子と母の間では分娩とともに成立する。子と父の間では、それは、認知又は裁判官によつて確定される。」と定められているが、トルコ民法典第二九〇条は、「婚姻外の子の母は、その子を生んだ女である。子の父は、認知又は裁判所の判決によつて確定される。」と表現した。またスイス法第七一八条では、「無主物は、その所有者にならうという意思でその物を占有することによつて、所有物となる。」と規定されているのに対して、トルコ法第六九一条は、「無主物を取得する者は、その所有者になる。」と表現した<sup>(20)</sup>。このような適応の努力は、翻訳に通有のことであり、殊に異質的法規範の翻訳的継受の場合に不可欠であることは当

然である。しかしとりわけ被継受法の適用を混乱に導くものは、不正確な翻譯であり誤訳であつた。例えば、過失 (faute, Verschulden) は、失敗、看過、錯誤の意味のことば (faute) に限定されてしまった。或いはまた、スイス債務法第二〇条第一項が「不能もしくは違法の内容を有し、又は、善良の風俗に反する契約は無効とする。」と規定するのに対し、トルコ法の該当条文では、「契約の内容が不能もしくは違法であり、又は、善良の風俗に違反する場合には、この契約は無効とする。」と訳されている。従つてスイス法では、「契約」が良俗違反であれば無効となるのに対して、トルコ法では契約の「内容」が良俗違反であることを要し、動機、目的、付随的事情が契約を良俗違反としていて不十分となるのである。<sup>(21)</sup> 同様の誤訳や不適訳の例は極めて多く、従つてそれは、その解釈適用に著しい困難と混乱を惹起するに至つたのである。

この解釈適用の原則としてスイス民法典第一条の規定が後に大いに活用されることになるのであるが、その規定の翻譯にも問題があつた。すなわちスイス法は三国語をもつて正文とし、それらが相互に補充し合つて効果的運用が期待されたのであるが、前述のようにトルコ法はフランス語正文から翻譯され、しばしばそこに意味の限定がなされたのである。ドイツ語正文によれば、第一条は次のように規定している。

「この法律は、すべての法律問題に適用され、この法律問題に対してそれは文言又は解釈によつて (nach Wortlaut oder Auslegung) 規定を含む。

法律から規定がえられないときは、裁判官は慣習に従つて、また、慣習もないときには、みづから立法者として、定立すべき準則に従つて、裁判すべきである。

右の場合裁判官は、確立された学説及び伝統 (bewährte Lehre und Überlieferung) に従う。」

右の条文における「文言又は解釈」は、フランス語正文では、《la lettre ou l'esprit》となつており、イタリ

や語正文では《la lettera od il senso》となっている。また「確立された学説及び伝統」は、フランス語正文では「学説及び判例によつて承認された諸解決」(《des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence》)となつてゐる。しかしいずれの場合にもトルコ民法典は、フランス語正文に従い、その意味に限定された<sup>(22)</sup>。

(21) Pritsch, Die Rezeption des Schweizerischen Zivilrechts in der Türkei, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 23 (1927) S. 274.

(14) Pritsch, Ebenda.

(15) エルシュは「スイス法継受に際して生じた問題を、言語の問題と、参照準用の問題と、原典からの意識的乖離の問題にわけて論じてゐるが(Hirsch, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 1954, 50. Jahrg. S. 337 ff.)」第二の問題は第三の問題と密接に関連するもので、二つでは意識的乖離の問題にまとめて検討することにする。

(16) Pritsch, a.a.O., (Anm. 2), S. 152 f.

(17) Hirsch, a.a.O., (Anm. 15), S. 339.

(18) Pritsch, a.a.O., (Anm. 2), S. 152.

(19) Defags, A propos de la réception du droit civil suisse en Turquie, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 1926/27, 23. Jahrg., S. 342.

(20) Pritsch, a.a.O., (Anm. 2), S. 153 f.

(21) Pritsch, a.a.O., (Anm. 13), S. 278.

(22) Hirsch, a.a.O., (Anm. 15), S. 338; Pritsch, a.a.O., (Anm. 2), S. 156.

第二の問題すなわちスイス民法典からの意識的乖離の問題は、およそ法の継受が二つの法文化の滲入統合現象の極めて劇烈な一過程として被継受法の改造を必至のこととする以上、いかにトルコにおけるその継受がスイス民法典の翻訳を基調とするにもせよ、当然に生じた問題である。しかもそれはしばしば不分明の、従つてまた偶



然的理由に基づいて生じた多くの乖離現象<sup>(23)</sup>のかたわらに、この異質的法の継受過程におけるトルコの政治的、経済的及び社会的現実への明確かつ意識的な適応の問題として極めて尖鋭な意味を有するのであつて、ここで比較的重要な若干の事例によりながらその意味を明かにしておく必要があるであらう。以下においてこれを政治的、経済的及び社会的諸観点から概観するが、もちろんその区分は便宜的なものであり、しばしばそれらが、或いはそれらに他の理由も競合して被継受法の修正改造をもたらしたことは言うまでもない。

まず政治体制や司法・行政組織との関連についてみれば、連邦制をとり近代司法・行政組織の整備されたスイスの法と、単一国家であり、かつ、近代的国家諸組織の不備な革命直後のトルコ法との間には、必然的な乖離がみられざるをえなかつた。確かにスイス法における「カントン法」、「カントンの立法」、「カントン」「カン政府」等はトルコ法においてそれぞれ「特別法」、「別段の規定」、「国」、「政府」と書き換えられ、或いはトルコに該当する機関のないスイスの機関、例えば後見官署や遺言登記官吏等は治安裁判官をもつてこれに充て、出生や死亡事件を掌管する身分吏には住民登録官を、破産裁判所には単に裁判所を充てるものとされた<sup>(24)</sup>。同種の充当例は極めて多いのであるが、しかし特に注目すべきことは、元来スイス法が公法上の諸規定やカントン法に広汎な留保をなしていることである。そのうち公法的諸規定への留保は、スルターン制から共和制への転換を契機にしてトルコ法に逐字的に引移されたが、カントン法やカントンの管轄に対する留保は、安易に削除され、従つて一方では、トルコにおける公法的諸規定の不備によりそれへの準用は対象を喪失し、他方では、カントン法等への準用規定の削除は、広汎な法の欠缺を惹起したのである<sup>(25)</sup>。

次に経済的観点における両者の意識的乖離は、法典に掲げる金額と夫婦財産制について最も顕著に看取される。すなわち金額に関しては、両国における通貨制度や貨幣価値の相違に基づいて、スイス法における罰金、費

用、納付金等の額がトルコ法では当然に変更され<sup>(26)</sup>、夫婦財産制に關しては、両国の伝統の相違に基づいて、スイスにおける管理共通制に対し、トルコはイスラーム法以来の別産制を法定財産制とし、それに応じて夫婦財産契約で管理共通制や共產制をとりうるものとしたのである。<sup>(27)</sup>

最後に社会的現実への適應を若干例示しよう。トルコはその氣候的理由により住民の肉体的精神的成熟がスイスにおけるそれよりも早く、従つて成年年齢（スイス法二〇才、トルコ法一八才）、婚姻適齡（スイス法男二〇才、女一八才、トルコ法男一八才、女一七才）、遺言能力年齢（スイス法一八才、トルコ法一五才）等がそれぞれ引下げられた。<sup>(28)</sup>また、その地理的に広大な領土と乏しい交通機關のゆえに、出生届（スイス法三日、トルコ法一月）、死亡届（スイス法二日、トルコ法一〇日）等の届出期間が延長されるとともに、<sup>(29)</sup>その反面においては、宗教的社会的伝統に基づいて、或いは經濟的理由もこれに競合して、スイス法の若干の制度における期間の定めは短縮された。すなわちスイス法における「無期限の別居」は、不特定の期間中一方の配偶者に扶養義務を課することが經濟的に酷であるという考慮も作用して三年に縮められ、離婚原因としての遺棄最小限二年は、法定離婚原因に不妊が含まれていないスイス法の制度を採りながらも、子を得ることが婚姻の主目的というトルコの婚姻觀を全うさせるための便法として三カ月という短期の遺棄で足りるものとされた。同様に子の嫡出性否認の訴の期限三カ月が一カ月に短縮された<sup>(30)</sup>のも、宗教的社会的伝統に合せるためであつた。これらの宗教的觀念や社会的慣行は、とりわけ離婚法に影響を及ぼし、姦通を認容し又は宥恕した場合にその姦通を離婚原因となしえないというスイス法の規定は、姦通に対しては宥恕のみがありうるのであつてその認容はそれ自体良俗違反であるとするトルコにおいては、宥恕の場合についてのみ継受されたし、裁判離婚の場合に有責配偶者が一年以上二年以下再婚しえず、殊に姦通に基づく離婚の場合には一年以上三年以下再婚しえないとするスイス法の規定に対して、姦通罪は当初死刑とし後には笞百打

の厳罰をもつて臨み、かつ、女性隔離の伝統に最も典型的に示されるようなトルコの厳しい性道徳の下において、姦通による離婚の場合の再婚が拒否されている。<sup>(31)</sup>

- (23) スイス民法典における多くの規定や制度はトルコに継受されなかったが、その理由は必ずしも明確でない場合が多い。将来の研究の手懸りとして以下にそれを列挙しておく。本籍(二二条)、支店所在地(二三条三項)、身分吏の責任、職務の執行、義務違反(四二条二項、三項、四三条、四四條)、戸籍簿における過失又は錯誤による登記の訂正(四五条二項)、登記を要しない法人(五二条二項)、社員権の譲渡と相続の禁止(七〇条三項)、妻の労働収入の家事費用のための使用(一九二条二項)、管理共通制の場合における妻の財産評価額の夫の財産への繰入(一九九条)、管理共通制を伴う制限的共産制(二三八条)、別産制の場合における妻の債務に対する妻の責任(二四三条)、夫の財産の価値の競売又は差押の場合における婚姻税の規定の留保(二四四條)、後見人の職務執行期間を二年に延長(四一五條二項)、寄附行為の効果(四九三条二項)、終意処分において顧慮されない者(五〇三条二項)、文書の滅失による終意処分の撤回(五一〇条一項)、指定相続人に対する遺産引渡しのための遺産管理人の指定(五五九條二項)、使用価値又は交換価値による土地の評価(六一七條二項)、使用価値の評価(六一八條二項)、相続人が交換価値として保持する相続した土地の売却に際して利得部分の比率に対する共同相続人の請求権(六一九條)、共同相続人に対する相続小作料の支払(六二四二項三三項)、不動産登記に関する諸規定(九四二條二項、九四四條三項、九四五條一項、九四六條乃至九五〇條、九五一條一項、九五四條、九五六條、九五七條、九五八條)等がそれである。(Pritsch, a.a.O., (Ann. 2), S. 162 f.)
- (24) Pritsch, a.a.O., (Ann. 2), S. 158 ff.
- (25) Hirsch, a.a.O., (Ann. 15), S. 339.
- (26) Pritsch, a.a.O., (Ann. 2), S. 160.
- (27) Velidedeoglu, Erfahrungen mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch in der Türkei, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 81, 1961, S. 54; Pritsch, a.a.O., (Ann. 2), S. 164.
- (28) Velidedeoglu, a.a.O., S. 55; Pritsch, a.a.O., (Ann. 2), S. 161 f.
- (29) Velidedeoglu, a.a.O., S. 55; Pritsch, a.a.O., (Ann. 2), S. 160 f.

(30) Velidedeoglu, a.a.O., S. 55; Pritsch, a.a.O., (Anm. 2), S. 161.

(31) Pritsch, a.a.O., (Anm. 2), S. 163.

われわれは、ここに述べた外国法継受の過程を概観することによつて、トルコにおける政治上の革命が法の革命と必然的に結合せざるをえなかつた状況をいささか明らかにしえたと思う。すなわち革命的な法体制の整備なしには、政治的革命の目標たる自主独立の近代的トルコ国家の形成は不可能であつた。しかしその場合に、スイス民法典を継受の対象として選定したことは、必ずしも原則的意味を有するわけではなく、トルコ国家の近代化すなわち西欧化のための手段として選ばれたのであつた。言いかえれば、そこではトルコのスイス化ではなくして、その西欧化が問題だつたのである。その西欧化のためには、一方において西欧スイス法が貫徹されなければならぬ。しかし他方においてスイス法がトルコ近代化の手段にすぎないのであれば、その継受がほとんど翻訳という作業を通じて行われたのであつても、その原典を文字通りに強行する必要はなく、その翻訳の過程において或る程度までトルコ固有の法的思考財への適応の努力がなされたこともまた当然のことであつた。すなわちトルコの政治的、経済的及び社会的文化財との同化融合は、それが政治的革命の本質に明確に違反するのでない限りにおいて、必至のことであつた。こうして外国法の継受には正反対の方向から衝突する二つの力が作用する。これを新たな社会組織のモデルとしての被継受法の「攻撃的連続性」と民衆の間に生きる固有法の「防禦的連続性」と言いかえることも可能であろう。いずれにしてもここで特に問題なのは、——アルフレート・ウェーバー流に言うならば——、スイス法文化がスイスという歴史体から外しとられてトルコに反覆されることはないというものである。この意味において、われわれは次にトルコに継受されたスイス法のその後の運命を跡づけておかなければならない。

### 第三章 被継受法の土着と異和

およそ外国法の継受は外国法規範の移動ではなく、外国の法的思考財の移転と受容である。従つてその成否は、かかる法的思考財がどの程度まで継受国に土着するにかかっている。<sup>(1)</sup>そしてその土着は歴史上の一時点において一挙に実現するものではなくして、多かれ少かれ或る時間の経過において達成されるものである。すなわち、既に述べたように継受とは事件ではなくてむしろ経過であり、<sup>(2)</sup>その過程において新しい力と旧い力との抗争は不可避免的である。ここにおける新しい力は、スイス民法典によつて政治上の革命を法的にも貫徹しようとする革命政権の力によつて代表され、旧い力は、イスラームの伝統的社会における複雑な慣性的諸力であつた。しかもその継受の場であるトルコは、イスラーム固有法文化が支配し、これを発展させていた一つの完結的な歴史体を構成していたのであるから、そこに新たな外来の法的思考財を強行すれば、必然的に社会的混乱を惹起し、そしてもしそれを強行しなければ、法の輕視を招いて革命の目的それ自体の成就を無にする危険をはらんでいた。こうした二つの力の緊張関係のうちに、被継受法はトルコにおける土着と異和の二つの道を同時に歩まなければならなかつた。

(1) Hirsch, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, in: Schweizerische Juristen-Zeitung, 50. Jahrg., 1954, S. 337.

(2) 本稿、第一章、六一頁参照。

まずその新しい力、すなわち革命政権は、スイスの法的思考財をトルコに強行しようとする。この政権は、およそ革命が往々にしてそうであつたように、その存立の当初においては一切の旧勢力から断絶した政権でありえなかつた。しかしその指導者ムスタファ・ケマルは、アタチュルク（Atatürk＝トルコ国民の父）の称号を得

たほどの指導性を發揮したし、アンカラにおけるその大国民議會は、一切の国家権力を掌握し、自由選挙を認めず、しかも「ナシヨナリズム、国家主義、革命主義、世俗主義、共和主義及び民衆主義」の六原則を党綱領とする一党独裁の絶対主義的議會だつたのである。<sup>(3)</sup> この新政権は、スイス民法典をモデルにして国の近代化を達成するために、あらゆる必要な施策を精力的に断行した。すなわち新政権は何よりもまず、ウレマをはじめとする旧指導層に代つて、新法により新政権を担当すべき要員を養成することが緊急の課題であることを自覚していた。実際、ヒルシュも言うように、「継受による立法の時点においてこのことがなおざりにされるとしたら、数十年來の立法者の改革の意思は依然として実現されないし、しかも実際、新しい法思想の精神において育成され教育される法律家の世代が成長して実務を支配するというのでなければ、それは恐らく実現しえないであろう。」<sup>(4)</sup> それゆえ新政権は、急拠多数の研究者や学生をスイスをはじめフランス、ドイツ、イタリア等に留学させ、かれらをその帰国後、教授、裁判官並びに行政官として登用したのである。そして他方においては、それら諸外国から有能な学者を自国大学の教授として、或いはその他の研究活動や講演のために招いた。<sup>(5)</sup> また諸外国の法典をはじめ、判例、教科書、註釈書等の翻訳活動を助成し、特に継受の直後には、司法省はマルティン(Martin)とクルティ・フォレル(Curti-Forel)の小註釈書を翻訳して裁判官達に無償で配布し、更に近年には民法典と債務法典の龐大なチューリッヒ註釈書を国費で翻訳して出版させ、極めて低廉な価格で市販させた。司法省の月刊誌には、トルコの新判決のみならずスイス連邦裁判所の最新の重要判例を掲載し、アンカラ大学とイスタンブール大学の法学部紀要をはじめ私的な法律雑誌には、これらの外国判決のほかに外国の重要学説の翻訳が載せられ、また一般にトルコの教科書には外国の判例学説の引用が多く、訴訟においても外国の著名な学者はしばしば引用されている。そしてこれらの慣行を裏付けたものは、まず第一に有名なスイス民法典第一条第二項に由来するトルコ

法の規定すなわち「解釈における学説及び判例によつて承認された諸解決」の利用であつた。既に述べたようにイスラーム法曹には、新たな事態に対して適用しうる法規を既存の法規から導き出す自由がなく、従つてイスラーム法は元来裁判官の裁量権を狭く限定するものであつたが、<sup>(6)</sup> 右の規定に基づき裁判官の自由な法解釈が保証され、しかもその文言が広汎な比較法的解釈の許容という意味にとられえたので、スイス法の誤訳や脱訳に基づくトルコ法の不備や欠陥は、西欧法の精神によつて解釈されえたのである。<sup>(7)</sup> しかも第二に、破毀院は、一九四四年の決定において、トルコ法の明文の規定に反してもスイス法によることを認め、更に一九四五年及び一九五〇年にその連合部決定において、誤訳に基づくトルコ法の解釈に際してはその原典たるスイス法に依拠することを認めたのであつた。<sup>(8)</sup> これらの組織的努力が効果をあげ、比較的短時日の間に被継受法がトルコに土着し、トルコ法制度の近代化が達成されたことは注目に値する。これを裏返して言えば、極めて異質的な社会に外来の法が定着するためには、これだけの果断な政策の強行が必要だったのである。それにもかかわらずこの異質的社会の法思考財がまったくトルコに定着しえたかは依然として問題であり続けたのである。

(3) トルコにおける民主主義体制の成立は、第二次大戦における敗北を待たなければならなかつた。(Hirsch, Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, 1954, Bd. 116, S. 204.)

(4) Hirsch, a.a.O., (Anm. 3), S. 208 f.

(5) Hirsch, a.a.O., (Anm. 3), S. 209, S. 212 f.

(6) Elbir, La réforme d'un code civil adopté de l'étranger, Revue internationale de droit comparé, 1956, Vol. 8, p. 55.

(7) Hirsch, a.a.O., (Anm. 1), S. 344.

(8) Hirsch, a.a.O., (Anm. 1), S. 344 f.

ここで次に旧い力の反作用を顧みておこう。その旧い力は、新しい力が革命政権の赤裸々な権力の展開であるのに比して、一層複雑に交錯する顕在的または潜在的な諸力の合力である。これらの諸力がいかなるものであり、外国法の継受に際していかに作用したかがまさしく法文化移動の謎なのであるが、これは一般的には答え難いものであるから、これを個々の事例について検討する必要がある。その場合にもまず、この反作用を及ぼす旧い力の性質を知るためには、それら諸力のなかでも最も顕在的な力、すなわち反革命がなかつたことに注目しておかなければならない。<sup>(9)</sup>既に述べたように、ムスタファ・ケマルは、イスラーム法文化の担い手たるウレマによつて代表される反動勢力を早くから意識し警戒していた。しかしそこでは、ウレマの率いる民衆の反革命はなかつたのである。恐らくそれは、ムスタファ・ケマルの政教分離策が宗教界に対する民衆の不信感のみなぎつた時期をとらえたというタイミングのよさによるでもあろうし、かれがイスラーム教自体の存在理由はこれを承認していたという事実にもよるであらうし、また実際に新政権を担当した者がブルジョアジーとかプロレタリアートという貴族や僧侶に敵対する社会的階級ではなくして、革命自体がトルコでは僧侶に次ぐ知識人と目される軍人達の指導の下に遂行された一種のクーデタという性格をもつていたために、かれら軍人を中心とする新政権担当者の背後にはウレマや地方貴紳の旧勢力が依然として存在しえたという事情にもよりうることであらう。従つてこれらの事情からすれば、宗教的反動が反革命というかたちで顕在化しなかつたことは、当然のことであつたとしなければならない。それゆえここで外来法文化に拮抗しえたものは、或る特定の顕在的な反革命勢力であるよりも、むしろ必ずしも顕在的でない政治的、経済的、社会的諸条件そのものであると考えざるをえない。従つて、例えば民衆の間に隠然と根ざした宗教的意識とか伝統の力をも個々の法分野について探索してゆかざるをえない。そして実際ここでこのような意識や伝統をとり上げて問題にするならば、一方において革命政権



がスイス民法典及び債務法典の翻訳を完了してこれを公布した後僅か半年弱という異例の短期間においてこれを施行する<sup>(11)</sup>という措置を敢行し、しかも同時に慣習法を含む旧法の全体を廃止して新法の貫徹を期待することはありえても、他方においては、一挙にして旧法曹の脳裡にある旧い法意識を変え、民衆の間に生きている慣習的法觀念を除去することは、いかなる独裁者によつても果しうることではなかったという事実があるのである。<sup>(12)</sup>ここで、確立された秩序の惰性或慣行が新技術の導入を阻害するというマキーヴアのいわゆる官僚主義的抑制の理論を想起されたいのであるが、新法は、しばしば、そして久しくトルコ裁判官によつてイスラーム的に解釈適用され続けたし、特に民衆が訴訟をする際に依存せざるをえなかつた代書人(Schreiber)達は、旧法下における慣行通りに訴状その他の書面を作成し続けていたので、それが右のような裁判官の惰性を助長さえしていたのである。こうして新法は、その適用の段階においても、旧法との完全な断絶ではなくして、部分的にはむしろ両者の緩徐な融合の現象を示してきた。そして極く一般的に言うならば、新法は都市で比較的定着しえても、農村では旧法や慣習並びにその基礎にある宗教的意識と闘争せざるをえなかつた。<sup>(13)</sup>法の部門について言うならば、一般に取引法は土着し債務法の継受は成功したが、家族法、相続法及び不動産法は容易に定着しえなかつたとされている。<sup>(14)</sup>そこで、もしわれわれが現在の通説的見解に従つて、取引法は技術的性格を有するから普遍的であり、家族法、相続法、不動産法等は国民の宗教的社会的伝統に根ざしているから特殊民族的であるとするかぎり、右の評価は、一般的抽象的には正当であるとしなければならない。しかしその種の抽象的説明では、トルコにおける被継受法の土着と異和の実態を見誤ることとなる。およそ外国法の継受を問題にし、とりわけそこに作用した旧い力をとりに上げる場合には、単に個々の法部門の特殊性のみに注目するのではなくして、これを受容する社会の諸条件を具体的個別的に解明してゆかなければならないとわたくしには思えるのである。あらかじめこれだけの一般的

考察を施した上で、次に個々の分野について例示的に旧い力を探究することにする。

- (9) Pritsch, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 59, 1957, S. 166 f.

- (10) Sugar, Economic and Political Modernization, Turkey, in: Political Modernization in Japan and Turkey, ed. by Ward and Rustow, 1964, p. 161. シュガーの挙げる数字によれば、一九二〇年四月の国民議会における代議士のうち、旧議会の議員九二名、官吏一二五名、市町村吏員一三名、軍人五三名、教法学学者五三名、各部族の首長五名となっており、これらは一応旧勢力に属するものとみられ、しかもそれは全議員数の三分の二を占めていた。(Sugar, op. cit., p. 161.)

- (11) 法典の採択から施行に至るまでスイス民法典は四年、一八八一年法の修正にすぎない債務法でさえ九カ月、ドイツ民法典は四年の余裕が与えられていたのに対し、スイス民法典をまったく異質的なトルコの風土に移植するのに五、六カ月の準備期間しか与えられなかったことは驚くべきことである。ヒルシュは五年の余裕が与えられて然るべきであつたとしている(Hirsch, Vier Phasen im Ablauf eines zeitgenössischen Rezeptionsprozesses, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 69, 1968, S. 189 f. — 以下において「は、Vier Phasen」と略す)。

- (12) Hirsch, a.a.O., S. 216 f. ヒルシュは次のようにも述べている。「外国の法文の翻訳が言語として正確であり、実質的にも適切な意味でとらえられている場合でさえも、事実上、従来の固有法に対する法の変更を意味するような外来の法思想とか法制度には、在来の法的慣行や法的確信に照応する意味が法の実務によつて付与されるか或いはすりかえがなされるものである。」(Hirsch, Vier Phasen, S. 182.)

- (13) Hirsch, a.a.O., S. 215.

- (14) Velidedeoglu, Erfahrungen mit dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch in der Türkei, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 81, 1961, S. 56.

まず取引法の分野をみよう。とりわけこの分野はトルコに容易に土着したとされているのであるが、その主張がこの法部門の技術性、合目的性、普遍性等にその基礎を求めていることは明らかである。周知のように世界法の理論はこれを基礎にしているし、マキーヴァのテクノロジカル・ラグの理論も、まさしくここにその適切な例

証を見出しうるであろう。しかしわたくしにとつては、かかる技術性とか普遍性から出発し、かつ、そのみによつて取引法のトルコにおける定着の程度を一般的に評価することは、あまりにも觀念的な見方であるように思われる。むしろトルコの現実をみるならば、そもそもイスラーム紳士の理想像は、資本主義の精神からはなはだ縁遠いものだったはずである。<sup>(15)</sup>そして現在でもそこでは、農民が総人口の四分の三を占め、その圧倒的多数が零細農民なのであつて、しかも国の経済は、かれらによつて営まれるすぐれて前近代的な農業経済に依存している。<sup>(16)</sup>そこに資本主義的取引法が定着するためには、国の工業化が進み、資本主義的な生産と交換の様式が發展していなければならないのである。もちろんムスタファ・ケマルは、「工業なければ独立なし」とのスローガンを掲げ、一九三四年には第一次五カ年計画を実行に移した。しかし現在でも、生産性の發展は鈍く、消費財は生産されても生産財の生産はなく、労働生産力は先進資本主義諸国のそれに比して数分の一という低さであり、熟練工は少く、設備や附属部品はもとより原料さえも外国から輸入しなければならないという状態である。これらの諸条件は安い労働力にもかかわらず製品価格を高めているし、また極めて低い民衆の生活水準は購買力を弱め、従つてまた生産意欲をも減退させている。<sup>(17)</sup>要するに、資本主義的取引法を必要とすべき資本主義的生産と交換の様式が熟していないのである。この現実を無視してトルコにおける取引法の完全な定着を語ろうとするならば、既に述べたように、西欧的取引法がタンズイマートの時期に既にトルコに導入され、一世紀近くそれが行われてきたという事実を、恐らくは必要以上に重視しなければならないであろう。かかる評価を加えるための十分な資料を有しないわたくしにとつて確実に言えることは、取引法の分野が家族法や土地法等に比して比較的抵抗なく、トルコ人の法生活の或る局面において徐々に定着してきたということだけである。そしてそれ以上に取引法の普遍性を一面的に誇張してはならないということである。既に述べたように、トルコはその法典編纂に際し

て、スイス債務法のうち第一部と第二部のみを継受し、当時改正の審議中であった第三部については、これをそのまま継受する代りに、フランス、ベルギー、イタリア、ドイツ及びチリーの諸法から混成した商法典を別個に制定した。しかもその混成の過程における国情の無視、比較法的準備活動の不備或いは立法的不手際により、これらの法典の間に多くの欠缺と重複と矛盾とを招いてしまったのである。<sup>(18)</sup> その結果として取引法全体の円滑な運用は著しく阻害され、最近の改正事業を余儀なくされたのである。重複や欠缺は別としても、適用されるべき社会の経済関係から超然とし、しかも債務法と商法典が同じ取引法に属しながらも、この二つの法典の間に多くの矛盾があつてそれぞれの適用を阻害したということは、いわゆる取引法の普遍性を一面的に強調する通説的理論に対する事実の反証と言えるであらう。

(15) 本稿、第二章、第一節、八三頁参照。

(16) 一九五二年の農業統計によれば、トルコの農業人口は、二九三万家族であり、そのうち四八万九千家族（一六・七％）は、まったく土地を有せず、一五〇万七千家族（五一・四％）は、〇・一ないし五ヘクタールの土地を有し、五三万家族は、五ないし一〇ヘクタールの土地を有する。右の三種のグループに属する貧農達（農業人口の八六・二％）の手には、農業生産物全体の二八％しか残らない。これに対し七万六千の地主（全体の二・六％）はその四四％を、三二万六千の富農達（一一・二％）は、その二八％を取得するとされている。（Шамсутдинов (ответственный редактор), Новейшая история Турции, 1968, стр. 253, 254.)

(17) Шамсутдинов, там же, стр. 255.

(18) Minaroglu, Quelques considérations sur le droit civil et le droit commercial en Turquie, *Revue de droit international et de droit comparé*, Vol. 40, 1963, p. 100.

取引法との対比において言うならば、継受された家族法、相続法、不動産法等の分野において、異和の現象は確かに顕著なものがあつた。しかしここでもその異和の原因を、抽象的に例えば民衆の宗教的意識にのみ帰する

ことは正しくないということをあらかじめ指摘しておこう。

まず家族法の分野において、その異和は最も決定的に現れた。そもそも革命に引続いて起る法の改革がしばしば家族法の分野から着手されたのと同様に、トルコにおいても新法は、強制民事婚の原則を導入して伝統的な宗教婚と一夫多妻制の廃止を断行したが、それはまさしく旧トルコ社会からの決定的な断絶を意図したものだだったのである。元来イスラーム社会における婚姻は、必ずしも寺院における挙式を必要条件とする宗教婚ではなくして、一定の資格ある二人以上の証人の面前で行えば足りたのであるが、<sup>(19)</sup>その際に新婦の後見人がアッラーを讃える挨拶を述べることが望ましいとされ、<sup>(20)</sup>次第にイマム (Imam) すなわちイスラーム僧侶の面前で婚姻を挙行する宗教婚が伝統となっていた。<sup>(21)</sup>他方においてその一夫多妻制は、家名の維持その他の理由で社会的に許容された単なる因習ではなくして、聖典コーランの教えによつて命じられ、或いは裁可された原則であつた。<sup>(22)</sup>従つて民衆の間には、たといイマムの面前における婚姻が法律的には無意味なものであるとも、最初からそれによつて挙式する者があつたし、一度は民事婚を締結した後にもコーランの教えに従つてイマムの面前で二人目から四人目の婦人との婚姻を挙行する者があつた。もちろん現在では経済事情がこれを許さず、殊に都市においては稀となり、ただ農村ではなお存続するであろうと伝えられる程度ではあるが、<sup>(23)</sup>それにもかかわらずイマムの面前で婚姻を挙行し、民事官署への届出は怠るという例が多数に上つたのである。これに対して一九二六年のトルコ刑法典は、法律上の婚姻証明書の提出を受けずに宗教上の挙式を執行したイマムに対して一月以上三月以下の懲役を科し、一九三六年の法律は、民事上の手続を怠つて宗教上の挙式をなした新郎新婦及び公示義務を怠つた市町村長に對してもその刑罰規定を拡張した。しかしそれは最近に至るまで死文となつていた。<sup>(24)</sup>にもかかわらず、しばしば試みられてきたように、これを民衆の宗教的意識にのみ帰することには問題があるのである。思うにこの問題

を宗教と国家法との単純な対立図式において説明することは、あまりにも一面的な見方としなければならないであらう。まず第一に、イスラーム社会における婚姻は、元来国家の関与を要しない私事という觀念から出發しており、トルコの民衆は遂にこの觀念から脱却しえなかつた。<sup>(25)</sup> 第二に、それが次第に神に対する祈りと宗教的方式を伴うようになると、民衆はそこに一種の呪術的な力を感じ、しかもそれがイマムの司式によつて挙行されるようになる、それが婚姻の締結における本質的要件と考えられるに至つた。<sup>(26)</sup> すなわち神に仕える者によつて結ばれる結合こそ最も正当な婚姻であるという深い確信が民衆の間に植えつけられるに至つた。<sup>(27)</sup> この過程からうかがえるように、イマム面前における挙式は、宗教自体の要求ではなくして、宗教との関わり合いを求める民衆の側の慣習であつた。第三には、特に注目すべきことであるが、民事婚には煩雜な手續を伴つていた。例えば、婚姻の予約は一五日間公示しなければならないし、法律上の婚姻を締結すれば離婚が困難であり、しかも不妊は離婚原因と認められていないのである。<sup>(28)</sup> それどころか婚姻登記に要する出生証書<sup>(28)</sup>の原簿は不備であり、男子を生んだ親は子の兵役を回避したり遅らせたりする目的で出生届の提出を怠るような傾向もあつて、極めて不正確であつた。また農村や辺地に民事官署が整備されていなかったために、出生届及びその証書によつてなされる婚姻届の提出には、都市の官署まで長途の旅行を余儀なくされた。<sup>(29)</sup> 同様にまた一九三〇年の国民保健法は、婚姻の締結に医師の發給する婚姻適格証明書の提出を要求したが、無医村や辺地の住民は長途の旅行をして都市の医療機関を訪れなければならなかつたし、しかもコラーンの教えに基づいて慎しみ深い婦徳を要求し（コラーン第二章第三節）、数百年來顔面を含む身体の大部分をチャードルという外被で蔽ひ隠すべきことを婦人に要求してきたトルコの男子にとつて、この婚姻適格証明書を得るために婚約者に男性医師による身体検査を受けさせることは堪え難い苦痛であつた。<sup>(30)</sup> そして第四に、死亡した官吏や戦没軍人の妻子は、新たな婚姻によつて年金受領権を喪失すること

のないように、民事婚によらずイマムの前で新たな婚姻を挙行した<sup>(31)</sup>。これらの極めて世俗的な理由も同時に作用して、民法典における強制民事婚の原則は、トルコで容易に土着しなかった。このような法の無視は、これまでに挙げた種々の理由に基づくものではあるが、窮極的にはイスラーム法以来のトルコ民衆の法律観やその心性に帰せられざるをえないであろう。既に述べたように（第一章）、ここでは元来法は実生活から遊離したものであり、民衆は実用性のない法を無視して生活していたのであつて、同様にここでも、民衆は遵守し難い国家法よりもむしろ身近な慣習に服することを選んだのである。しかしそのことの最も不都合な結果は、イマム婚（Imam-Ehe）による妻は妾であり、そこから生れた子は私生子であつて、夫の死後はその妻も子も法律上の相続権を有しないということであつた。この事態に対処して、一九三三年十月二六日の法律は、夫が既に法律上の婚姻をなしている場合を除き、事実上の結合であつても子がある場合にはこれを適法の婚姻と認め、一九四五年四月三〇日及び一九五〇年二月一日の二つの法律は、その時まで未届であつた者があらためて婚姻届を提出する場合に刑罰を免除し、かつ、既婚の夫と未婚の妻との結合自体を婚姻とは認めないが、その間に生れた子を嫡出子と認め、更に一九五六年二月七日の法律は、従来の事実婚を一九六〇年二月七日までに登録すべきことを許した<sup>(32)</sup>。これらの特別措置法によつて一九三四年から一九五〇年頃までに約二〇〇万件の未登録婚があらためて登録され、私生子に対する嫡出子化も大いに促進されたことは事実である。しかしそれらによつてあらゆる問題が解消したわけではなかつた<sup>(34)</sup>。むしろそれらは、社会の現実に対する立法者の譲歩であるにすぎず、既存及び現存の宗教、因習、教育、社会的経済的諸事情に対する国家権力の限界を明瞭に露呈させるものだったのである<sup>(35)</sup>。

イマム婚の存続はまた、婚姻年齢の問題にも関連している。トルコ古法には婚姻年齢の規定がなく、幼童婚も存在しえたほどであり、一般には性的成熟とともに婚姻していた。これに対して既にスイス民法典の継受に際し

て婚姻適齡の切下げがなされたのであるが、氣候風土の影響で性的成熟が早く、一般に早婚の習慣があるトルコでは、より早く婚姻することを望んで年齢を詐称し、身分登記簿における誕生日の記載に誤りがあるとする訴訟がしばしば提起された。裁判所が受理したこの種の事件数は、一九四七年に三一四件、一九四八年に二八四〇件、一九四九年には二八九二件に及んでいた。それどころか農村や辺地の住民は、都市の裁判所に出頭して訴訟手続を遂行する労を厭い、イマム婚を挙行する例が多かつたのである。この事態に対処して、一九三八年の改正により男一七才女一五才とされ、特別の場合には一五才の男子と一四才の女子の婚姻が認められた。更に一九五〇年の改正案では男一六才女一四才まで切下げようとされたのである。<sup>(36)</sup>すなわち、氣候、風土、それに基づく慣習並びに社会的諸条件は、ここでも立法者の譲歩を余儀なくさせたのである。

同様の例は離婚法の分野においても求められる。シャリーアによれば、原則として離婚は夫の一方的意思によるものであり、場合によつては夫婦の合意又は金銭の支払に基づく妻の自己解放による離婚も許されていた。しかし新法はこれらをすべて廃止して、もっぱら裁判離婚のみを採用し、しかもトルコ破毀院は嚴格に有責主義をとつたので、離婚は著しく困難なものとなつた。このことは、シャリーア並びに慣習的に行われている簡易な離婚法に慣れた民衆にとつては、まったく不都合なことであつた。法廷において家庭内の紛争や秘事を露呈し、しばしば虚構の理由をも申し立てて離婚をかちとることは、かれらにとつて極めて苦痛であつた。こうして一方では離婚原因としての悪意の遺棄を三カ月という短期で足りると規定して(第二三二条)この規定を活用させるとともに、他方では離婚における有責主義を廢して破綻主義の原則を明文の規定によつて導入しようという改正の提案もなされてきたのである。<sup>(37)</sup>

(36) Arminjon, Nolde et Wolff, *Traité de droit comparé*, t. 3, 1952, p. 442.



(20) 遠峰、イスラーム法入門、一九六四年、三九頁。

(21) Velidedeoglu, a.a.O., S. 61.

(22) 一夫多妻制の根拠は、コーランにおける次の章句である。「もしお前たち（自分だけでは）孤児にとてもよくしてやれそうもないと思つたら、誰か気に入った女をめとるがよい、二人なり、三人なり、四人なり。だがもし（妻が多くては）公平にできないようならば一人だけにしておくか、さもなくばお前たちの右手が所有しているものだけで我慢しておけ。」（井筒訳、コーラン、上、第四章、第三節、岩波文庫、一〇九頁）。右の句中「お前たちの右手が所有しているもの」とは、奴隷女を指す。右の規定は、マホメットによる革新運動の過程において戦死した者の遺族たる寡婦や孤児らの養育という重大な社会問題を処理するため、元来はこれらの孤児を抱く寡婦を四人までめとるべきことを啓示として命じたものとされている。後世になると寡婦という要件も無視されてきたといわれる。詳細は、遠峰、前掲、三五頁以下。

(23) Velidedeoglu, a.a.O., S. 62 f.

(24) Pritsch, a.a.O., S. 173 f.

(25) Pritsch, a.a.O., S. 174.

(26) Pritsch, a.a.O., S. 174 f.

(27) Velidedeoglu, a.a.O., S. 63; Elbir, op. cit., p. 58; Hirsch, a.a.O., S. 342.

(28) Mimaroglu, op. cit., p. 95.

(29) Hirsch, a.a.O., S. 342; Velidedeoglu, a.a.O., S. 65; Pritsch, a.a.O., S. 175.

(30) Mimaroglu, op. cit., p. 95; Pritsch, a.a.O., S. 175 f.; Hirsch, a.a.O., S. 342.

(31) Pritsch, a.a.O., S. 176.

(32) Mimaroglu, op. cit., p. 177.

(33) Pritsch, a.a.O., S. 177, Ann. 74~76.

(34) Mimaroglu, op. cit., p. 94.

(35) Pritsch, a.a.O., S. 178; Hirsch, a.a.O., S. 342.

(36) Velidedeoglu, a.a.O., S. 64 f.; Hirsch, a.a.O., S. 339.

(37) Velidedeoglu, a.a.O., S. 65 f.; Pritsch, a.a.O., S. 178 f.

次に相続法の分野では、男子の優遇と被相続人の卑属にも親にも同時に相続権を認める古法の制度を廃止し、両性の平等と親系相続主義を相続法に導入した。そのうち女子の同権化について、どの程度までそれが成功したかは明かでないが、トルコの学者はそれが一応定着したと報じている。<sup>(38)</sup> その検討は後日に譲ることにしてここで特に問題になったのは、スイスにおける親系相続主義の導入である。これは、同一順位における相続人間の均分相続主義であり、その場合に子に対して父母を、兄弟姉妹及びその子に対して祖父母を相続人の範囲から除外する。しかしそれは、トルコ古法並びに慣習に著しく反するのみならず、均分相続の結果として生ずる農地の細分化は、農民が国民の大多数を占める農業国トルコの経済に予想以上の重大な影響を及ぼすものであった。それゆえこの関連では多くの規定は適用されなかつたのである。<sup>(39)</sup> こうして一方では古法の伝統を顧慮し、他方では親系相続主義の建前を維持しようとして、被相続人の子に並んで父母に相続財産の $\frac{1}{6}$ の一を用益権として与え、相続開始後一年以内にこれを年金に転換させ、もしそれが極めて少額の場合には裁判により用益権の全価額を一時に支払うことを認めようとの改正提案もなされてきた。<sup>(40)</sup> また新法によれば、生残配偶者と子が競合する場合に配偶者は用益権を選びうるとされているが、これもトルコの慣習に合わず、むしろ配偶者は所有権の取得を選んだ。このような慣習にもかかわらず、大都市において生残配偶者が用益権を選んだ場合にはしばしば紛争を生じたので、改正委員会は旧来の慣習に従つて生残配偶者の相続権を所有権に限定しようと提案するに至つた。<sup>(41)</sup>

(38) Velidedeoglu, a.a.O., S. 68.

(39) Elbir, op. cit., p. 59.

(40) Velidedeoglu, a.a.O., S. 68 f.

(41) Velidedeoglu, a.a.O., S. 69.

最後に物権法の分野をみるならば、ここでも新旧法制度の衝突の顕著な例を認めうるであろう。およそ土地解放は、いかなる革命にも随伴したものであり、それどころか革命の本質の一部をなすものである。<sup>(42)</sup> トルコ革命の場合にも荒廃し窮乏の極にある国民経済の復興のためには、土地制度の改革は不可避の道程であつた。もちろん、革命以来一九二〇年代に行なわれたその土地改革は、トルコ革命の性格からみても決して徹底したものではありえなかつたし、それによつて実際に利益を得た者は地主階級であつて、農民大衆がそれぞれ土地を獲得したわけではない。しかし改革の意図するブルジョア的土地私有権の創設は、一応次第に定着していったと評価されている。<sup>(43)</sup> それにもかかわらず、その具体的な法的表現である物権法の諸規定がどの程度までトルコに定着しえたかをしさいに検討するならば、そこでは、まったく或いは極めて稀にしか適用されない規定が少くなかつたと認めざるをえないであろう。しかも多くの特別法や判例は、スイス法を広汎にトルコ化してしまつた。<sup>(44)</sup> この点でとりわけ重大な問題を提起したものは、未登記土地の問題であつた。元来トルコでは土地私有の觀念が稀薄であり、私的所有権の対象となつた土地は極めて僅かで、大部分の土地は国に属していたのである。そして国は、「タプー」(tapu) と称せられる使用料と引換に私人に対しその土地の使用収益権を設定した。その権利は相続しうるのみならず、第三者に譲渡することもできた。譲渡の際には、一八五八年の土地法によれば国庫の官吏の許可を要するが、当時土地登記制度はなかつたので、単なる占有の引渡によつてそれが行われた、そこで一八七四年の法律によつて土地登記簿制度が設けられ、その土地の譲渡も国庫の役人ではなく登記官吏の管轄とされたのであるが、当時一挙に登記制度が完備するはずもなく、農民も登記の労を厭い、従来通り土地の譲渡は占有の引渡によつてなされていた。<sup>(45)</sup> このような情況において新民法典は近代的所有権の制度を導入した。それまでに私人が

占有して使用収益をなしていた国有地は、その占有者の私的所有として認められ、従つてまた私有地の自由な処分が認められたのである。そしてその土地所有権の取得並びにその売買契約が有効となるためには登記を要するものとされた。ところが登記制度自体が極めて不備だったために、<sup>(46)</sup>農民大衆は、新法の制度を無視して私署証書により、或いは口頭の約束とそれに引続いてなされる占有の引渡によつて土地の所有権を譲渡する例が極めて多かつたのである。これに對して一九二六年以来一九五〇年頃までの数次の立法は、土地登記制度の整備と土地の現所有権者の登記を促進し、登記未済の土地の売買については登記官吏の面前におけるそれを要求した。しかし民衆の慣行と法律との間における乖離は判例の上にも反映し、一九二六年から一九四四年までは裁判所の態度も動揺していたのであるが、一九四四年の破毀院判決は、法の建前を厳格に貫いて、登記簿に基礎をおかない売買契約を無効とした。しかし法律の強行は問題の解決にならなかつたばかりでなく、かえつて不都合な結果すら惹起した。すなわち土地を売却してもその登記を怠つた者は、この破毀院判決を奇貨としてその土地の返還を訴求するに至つたのである。こうして既に一九四六年に、破毀院は前の判決を覆えして、占有をもつて物権と認め、ここにおいて登記簿に基づく土地所有権とは別個の、法典には存在しない第二の土地所有権、すなわち占有に基づくそれを認めるという結果を招来してしまつたのである。<sup>(47)</sup>

(42) ピューリタン革命に際して、一六四九年四月一日、「ディッグアース」(土掘り人たち)と呼ばれた一群の人々は、セント・ジョージ丘の共有地にくわを打ち込んで開墾を始めたのであるが、その基礎には、次の思想があつた。「土地は万人のために造られた。そして眞の宗教とはすべての者にそれを享受せしめよということである。それゆえ、イングランドの支配者である(人民)諸君よ、王的権力がわれわれから奪つた土地の回復をなしとげられよ。しいたげられたもの「土地」を解放せよ。きたりて回復の力であるキリストをあがめよ。そうすれば諸君は休みを与えられるであらう。」(Winstanley, "A New Years Gift" (1950), Sabine, The Works of Gerrard Winstanley, pp. 355~6, p. 374 —大木英夫、ピューリタン、中公新書一六〇、一九六八年、一六五頁以下及び同著、ピューリタニズムの倫理思想、

一九六六年、三四〇頁以下、特に三四七頁から再引用)。

次にフランス革命の場合にも農地改革は緊急の課題であり、農地所有権にからまる封建的租税の廃止は、市民社会成立のための不可欠の前提であった。詳細は、野田、フランス法概論、上巻②、五六五頁以下。ソ連及び中国の社会主義革命においても、土地改革立法が他の立法に先んじてなされたことは注目に値する。仁井田、中国の法と社会と歴史、一九六七年、九四頁以下。

(43) Шамсутдинов, Новейшая история Турции, 1968, стр. 70~71.

(44) Elbir, op. cit., p. 59.

(45) Velidedeoglu, a.a.O., S. 70 f.

(46) Elbir, op. cit., p. 60.

(47) Velidedeoglu, a.a.O., SS. 72~74; Elbir, op. cit., p. 60 et s.; Pritsch, a.a.O., S. 168; Hirsch, a.a.O., S. 343 f.

これまでの概観によつて、わたくしは、トルコにおける外国法継受に際して作用した旧い力とその現われかたをいささか明らかにしえたと思われる。それは単一の力ではなくして、顕在的な、或いはすぐれて潜在的な政治的、経済的、社会的諸条件の複合した力である。それは確かにイスラーム伝統社会の慣性的諸力として特徴づけうるであろうし、マキーンヴァのいう技術的阻害の諸要因であると規定することも可能であろう。しかしそれらの諸力は、常に複雑にからみ合つて作用していることを忘れてはならない。具体的に言えば、現実の経済関係や立法技術の不備が普遍的取引法の完全な定着を阻害し、伝統的宗教的意識のみならず行政・司法組織の不備、交通・医療機関の未発達及び気候、風土並びにそれに基づく慣習その他の社会的諸条件が強制民事婚の導入を拒否したというような競合的な仕方作用しあつていたのである。新法を強行するために革命政権が試みた努力は、もちろん或る程度までは実を結んだのであるが、これに対して及ぼされた旧い力の反作用は、まったく異質的なトルコ社会に継受されたスイス法をしばしば抑制し、歪曲していった。これらすべての力のからみ合いのさなか

に、被継受法は新しい社会において、同時に土着と異和の道をたどらざるをえなかつたのである。トルコにおけるこの事実、そして一般的には本稿の随所で試みた諸事実の確認から、わが国においてわれわれは多くのことを学びとりうるのではなからうか。

### 総括——外国法継受研究への展望

外国法の継受は、法史の過去において繰り返して生じた現象であり、法史の未来において疑いもなく反覆して起りうる現象であらう。少くとも現在、われわれは、特にルネ・ダヴィド教授の起草になるエチオピア民法典<sup>(1)</sup>をはじめとして、発展途上にある国々における西欧法継受の動きを目撃しているはずである。にもかかわらず外国法の継受という世界史の謎は、未だ必ずしもそのすべてが解き明かされているわけではない。その謎は、自然現象的正確さをもつて行われる同一事物の反覆とは異なるところに多く基因する。一面においてそれぞれの継受は、確かに個性的一回の現象である。しかしこの个性的で多様な現象が反覆されるとき、そのかたわらでは恐らく同一の現象も繰り返されてはいないであらうか。<sup>(2)</sup>或いはそもそも個々の外国法継受を同じ現象の多様な部分現象として把握する方が科学的処理に適するのではなからうか。<sup>(3)</sup>これらの点は社会科学方法論の根本問題に触れるので、立入った検討は他日を期するしかないが、いずれの場合にもそれらの現象における共通要素が外国法継受の本質を解明する作業の手懸りになることは疑えないであらう。本稿の冒頭においてわたくしは、トルコにおける外国法の継受に含まれる意味や問題の探求を通じて、法の継受一般に秘められた謎の解明と、とりわけわが国における外国法継受の分析とに何がしかの寄与をなしたいと述べた。その根底には、コオシヤカーやザイタイとともに、外国法継受の研究に比較方法の適用が不可欠であることを意識しているからである。<sup>(4)</sup>本稿の論述に際して

もわたくしは、日本における外国法継受の場合と共通な要素があることを常に予想していたのである。しかし本稿においてわたくしは、この老大な問題のすべてを処理する余裕と能力をもちあわせなかつたので、差当りわたくしが用いうる方法との関連において、相異なる社会的文化的発展段階にある諸国間の法の継受における最も典型的な問題のみを取り扱った。すなわち本稿は、破局説による新旧法断絶の主張よりもむしろ、外国法継受の前後における法Ⅱ法的思考財の連続性の確認をその直接の目的としたのである。ここでわたくしは、その目的にもかかわらずいささか多岐亡羊の感を免れないこの遍歴の過程をひとまず回顧しながら、将来における外国法継受研究への展望の足場を求めたいと思う。

(1) David, *Le code civil ethnien de 1960*, Rabelsz, Bd. 26, 1961, SS. 668 ~ 681; David, *A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries*, *Tulane Law Review*, Vol. 37, 1963, pp. 187 ~ 204.

(2) 伊藤編、外国法と日本法、岩波講座現代法14 (一九六六年) 所収の諸論文、特にその第三部「日本における外国法の摂取」に寄せられた野田教授の序説は、短編ではあるが、わたくしのこの予想を誘起させた。

(3) Zajtay, *Die Rezeption fremder Rechte und die Rechtsvergleichung*, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 516, 1957, S. 363.  
(4) ザイタイの前掲論文参照。

法の継受が二個の法文化の衝突でありその滲入統合的変容の現象であるとすることは、トルコにおいては、その固有法文化が外国法の継受にもかかわらず或る程度までは生き続けたということを前提としてはじめて言えることである。そのトルコ古法すなわちイスラーム法は、近代的西欧法のあらゆる属性を有せず、形式内容ともにそれとは異質の法であつて、ダヴィドも言うように、そもそもそれを法と呼ぶことすら問題のものである<sup>(5)</sup>。法が宗教と一致しているところでは、闘争によつてかちとられるような意味の権利は存在しないし、法の祖述はあつても法の創造はありえない。従つてまたそれは、常に進展する民衆の社会生活から遊離した存在と化していた。

しかしここに外国法の継受という決断を招来するためには、固有法文化財の維持をはや不可能とする重大な危機意識がなければならぬのであつて、<sup>(6)</sup> 実際トルコにおいては、一八世紀以来の相次ぐ軍事的敗北とそれに基づく政治的混乱及び経済的破産は、その危機意識を醸成していた。この事態に対処して一九世紀末までに試みられた数次の改革は、マキーヴァのいわゆる各種の技術的阻害要因が典型的に作用して挫折していた。そもそもシャリーアの線を離脱しえない改革は、微温的かつ不徹底のものとならざるをえなかつたのである。これら内外の重圧を背景とし、特に一九二三年のロザンヌ平和条約によつて領事裁判権廃止の代償として非イスラーム教徒の平等処遇を保障する家族法の制定を義務づけられたことが直接の契機となつて、スイス法の継受は断行されたのであつた。ここでわれわれは、法の継受が内外の圧力に促された窮余の策として行われたこと、そして継受対象としてのスイス法の選択が——<sup>(7)</sup> コオシャカー流に言つてよければ——「政治的文化的スイス・イデー」に基づくよりもむしろ競合する各種の理由に基づくものであつたことを確認しておくことが適當であろう。<sup>(8)</sup> ともあれスイス法が継受されたとしても、スイス法文化は、——アルフレート・ヴェーバーに倣つて言うならば——スイスの歴史体から外しとつて、トルコに移植し反覆しうるものではなかつた。既に翻訳の過程において、意識的にも無意識的にも原典から乖離せざるをえなかつた。まず言語の相違は、われわれの容易に測り難い暗渠を両者間に作つているに違ひない。言語学者も教えるように、民族の思考形式は、常にその使用する言語がもっている觀念の分解形式に隷属しているものなのであるが、<sup>(9)</sup> トルコ語は印欧語に属しないので、スイス法の制度と用語をトルコ語で表現することは至難のことだつたし、トルコ語で表現されたとき既にスイス法のトルコ化があつたとみてもよさそうに思われる。従つてここには不適訳や誤訳より以上の難かしい問題が横たわつてゐるのではなからうか。次にその乖離は、トルコの政治的、経済的及び社会的現実との関連において、意識的にもつくり出された。それ



は、革命の目的に反しない限度において当然に必要な作業だったのである。しかし問題の焦点は、むしろこうして継受された法がどの程度までトルコに土着し、どのような異和現象が現われたかというところにある。確かに革命政権は、そのほとんど絶対的な権力によつて精力的に被継受法を強行した。かつてパシユカニスは、新しい社会が旧い社会の諸分子から構築されている限り、単なる技術的合理的指示ですら、これらの分子とは無縁な、そしてそれを超越する権力の形式をとらなければならないと述べたことがあつたが、<sup>(10)</sup> そのことばは、ここでも妥当しうるのであろう。その結果として、トルコにおける新旧の断絶以上に成功した例はないと言われるほどまで、<sup>(11)</sup> 新法は土着した。しかしその反面においては、そのような絶対的・超越的権力をもつてしても、旧法曹や民衆の間に生きている旧い法的慣行や法意識を変えることはできなかつた。<sup>(12)</sup> 最も典型的には、強制民事婚の原則にもかかわらず存続したイマム婚の例にみられるように、そしてリペールが「既存の祭祀や現実の所与は、立法者の単なる意思だけでは消滅しない」<sup>(13)</sup> と述べたように、国家の絶対的権力も永年にわたる民衆の慣行や確信、或いは法はそもそも民衆には無縁であり、まして遵守し難い法はこれを無視しようという観念、そしてあらゆる旧来の政治的経済的社会的諸条件の複合した力の反作用によつて手痛い反撃を蒙つたのであつた。このようにしてトルコにおける被継受法は、土着と異和の道をふたつながら共に歩まなければならなかつたのである。

(5) 本稿第一章、注(15)参照。

(6) Hirsch, Die Einflüsse und Wirkungen ausländischen Rechts auf das heutige türkische Recht, Gierkes Zeitschrift, Bd. 116, 1954, S. 202 f.

(7) コオシヤカーは、「ローマ法の継受がその法自体の優れた質によるものではなくて、„politische, kulturelle Romidee“によると述べた」<sup>(14)</sup> (Koschaker, Europa und das römische Recht, 3., unveränderte Aufl., 1958, SS. 79 f., 107, 114, 234, 252.)

(8) この後者の点に関連して言うならば、法の継受が一般に国の近代化—西欧化の目的で行なわれることは確かであるが、近代国家といつ

ても多様な型があるのであつて、いかなる外国法をもつて自己の社会組織のモデルとするかという決断とその理由は、依然として法継受研究における重大な問題である。このことは、わが国における法典編纂に際して、ボアソナード民法典から明治民法典への転換の契機を分析する際に意味をもちうるであろう。特にわが国における民法典並びに諸法典が整備された当時及びその後、「民法典その他の諸法典及びあらゆる立法が、ドイツ法を模範として制定されたという信仰がわが法学界を支配」したが(野田、前掲、一七二頁)、その「信仰」の由来及び意味が究明され反省されなければならないと思う。この手懸りとして、野田、前掲論文、特に一六四頁以下、一六九―一七二頁等、及び穂積重行、「穂積陳重とドイツ法学」、法協、第八四卷第五号八四頁以下は、最近の注目すべき研究である。

(9) 高津春繁、比較言語学、(岩波全書一二二)、一九五五年、一四〇頁。

(10) Пашканис, Общая теория права и марксизм, 4. изд., 1928, стр. 81.

(11) Hirsch, a.a.O., S. 340.

(12) ここでリペールのことばをいささか引用しておこう。「裁判官達は、古代の型を維持した衣服をまとい、しばしば古めかしいことばを用いて、かつて自分達が裁いた人々にむかつて述べたことを新たな当事者達の前でくりえかすことによつて判決している」(Ripert, Les forces créatrices du droit, 1955, p. 12)。新法の解釈に關してかれは言う。「裁判所は改革を最小限度に止め、古い原則で救われうることはこれを維持し、遡及的には否定できない既得権はこれを保持しようと努めている」(Ripert, op. cit., p. 13)。法律家の思考方法についてかれは言う。「法律家は、どんな職業についているにもせよ、同じ精神態度に教育されている。法律家は法の静止的性質を疑わない人々によつて教育されてきた。もつともかれらの誰もこのような表現をしはしなかつたが。」また、「實際法律家はすべて過去の人である。その意味するところは、諸制度の發展には時間がかかることを知り、この世に真に新しいものは皆無だということを知っているような、過去の価値を理解する人だということである」(Ripert, op. cit., p. 17 et s.)

(13) Ripert, op. cit., p. 140.

本稿における叙述の全体から、われわれはいま、トルコにおける西欧法の継受が多くの教訓を与えうることを知るであろう。それは、イスラーム創設以来の近東における最大の事件であつた。<sup>(14)</sup>そしてその後約四〇年を経た今日、トルコには被継受法の評価を廻る相反する二つの勢力がある。若干の法律家や社会学者は、その即時かつ完

全な廃止を主張し、トルコの社会的現実に即した新たな国民的民法典制定の必要を説いた。これに対して他の勢力は、現行民法典をあくまで維持し、それに必要な修正を加えるに止めるべきことを主張した。<sup>(15)</sup>それは、外国法の継受によつて新たな体制を整備した国家にとつて必然的に起りうべき見解の対立であり、われわれにとつても無縁のことではない。確かに国の伝統に反し社会の現実にそぐわない異国の法を外来の圧力の下に受容し、かつ、これを強行することは、単に国民的自尊心を傷つける程度の問題ではなくして、まさしくその伝統や現実の反撃を買うであろう。そして法治国として真に法の權威を尊重しようとするならば、実際に遵守されうる法をこそ創らなければならないであろう。<sup>(16)</sup>——この主張をわたくしは一面において正当と考える。しかしその主張は、絶対のものではありえない。それは科学的に必ずしも正しくないのみならず、民族の費した近代化のための労苦を自ら無に帰せしめるものだからである。外国法の継受は、外来の圧力のみによるのではなくして、それに対する「民族の独立確保への烈しい焦慮」<sup>(17)</sup>及び国の近代化を達成するための「法規範への飢え」<sup>(18)</sup>（Hunger nach Rechtsnormen）という民族自身の蓄積した内圧にもよるものである。外国法の継受は、しばしば革命の結果として行われたのであるが、その際に社会を根底から革新し、社会生活の構造や生活様式に至るまで改革して近代化しようとするならば、外国法の継受はほとんど必然的であつたし、その法典編纂においては、今後創造されるべき社会に即した法典が作成されることは当然であつた。この意味において、法典編纂とは「体系的全面的な新秩序による包括的な社会設計」<sup>(19)</sup>（ヴィーアッカー）であり、法典とは「新たな社会組織のモデル」<sup>(20)</sup>（ダヴィド）なのである。<sup>(21)</sup>もちろんそこには、伝統や慣行を維持する必要があるであらう。しかしそれを変改する必要も当然に内在しているのである。<sup>(22)</sup>従つてかかる法典は、そもそもその制定の当初から即時かつ全面的に適用されることを期待しえないのである。ただそこに含まれる規範や宣言或いは綱領でさえも、時が来れば適用されるべきものであり、また適時

にそれを現実化することこそ法律家の義務なのである。従つてまた、例えばイマム婚に関連してなされた数次の改正立法のように、法の緩和が余りにも安易に行われることは革命の成就すら脅かしうるとの批判を免れえないであろう。<sup>(23)</sup>しかし今やトルコは、被継受法の全面的廃止ではなくして、その不可避的修正だけに止めて原則的にそれを維持しようという道を選んだのであつた。<sup>(24)</sup>

法の継受は、事件ではなくて、或る長期にわたる過程である。その過程において、被継受国の経済的土台に立つ上部構造としての法が継受国の土台たる経済的諸関係に対して働きかける。このかわり合いをマルクス主義がどのように説明するかは他日検討したいと思う。少くともいま確実に言えることは、トルコの経済的社会的近代化が進展し文化的水準が高度化しなければ、被継受法の土着を期待し難く、それまでは、かなり長期間にわたつて法は法律でなく、法律は法でないという状態が存続するということである。<sup>(25)</sup>しかも被継受法の貫徹を阻害する旧い力は伝統的社會の多様な諸条件の合力であるから、それに対処するには、考えうべきあらゆる多様な施策をもつてしなければならないということである。あらゆる政治的、経済的、社会的諸制度を整備することによつて、國家社會の體質そのものを改善してゆかなければならないであらう。そしてとりわけ國の文化的水準を高めるために教育の果す役割は、いかなる場合にも重視しすぎることはないであらう。實際、法の継受は、精神的文化価値とは無關係の外面的文明の移動とは異なり、その法文化を創造した民族の精神の何ものかも同時に移轉しなければならなのであつて、その際にその民族の精神構造が継受する民族のそれと絡み合うことなしには、継受自体の成功を脅かすものだからである。そして本稿の全体が明らかにしてきたように、旧社會の法文化は政治及び法の革命の後にも生き続けているからであり、しかも新たな民族にあつては、当初、外來の遺産を自己の表現手段として処理する十分な精神的經驗がないからである。<sup>(26)</sup>それゆえこのような異國の文化財を内面的に媒介する

ためには、あらゆる他の施策と同時に、法曹のみならず一般民衆の精神的育成乃至教育の過程を必然的に伴わなければならないのである。<sup>(27)</sup>

ここでわたくしは本稿を閉じよう。外国法の継受をトルコの場合についてこのように回顧し更に継受一般についてこのように展望するならば、われわれは、異質的社会における法文化の合流に、極めて多様で極めて大きな力が作用していることを見るであろう。ヴェデルも言うように、「絶対的な革命はかつて存在しなかった。すべての革命は、伝統との断絶であり、同時にその伝統の利用である。<sup>(28)</sup>」ここで断絶を一面的に誇張することは非科学的であり、連続の局面は常に顧慮されていなければなるまい。それどころかわたくしは、連続にこそ問題が広く深く横たわっていることを思わざるをえない。本稿の中心的課題として、ここでいささかその解明を試みたこの問題をも含めて、継受一般の包蔵する諸問題は、諸国における外国法継受を比較研究することによつて、あらためて検証されなければならないと思う。

(14) アブデュルハミド二世の法律顧問オストログは言う。「トルコ共和国による西欧法の継受は、一四世紀の長きにわたる、すなわちイスラームの創設以来の近東史上最大の事件の一つをなしている。」(Ostrog, *The Angera Reform*, London, 1927, p. 14—Mimaroglu, *Quelques considérations sur le droit civil et le droit commercial en Turquie*, *Revue de droit international et de droit comparé*, Vol. 40, 1963, p. 90.)

(15) Elbir, *op. cit.*, p. 62.

(16) ノイハウスは言う。「或る一定の形式の法律違反や脱法行為がまん延している場合には、……現実主義的立法者は、法律を緩めることが法律の権威の失墜よりは比較的小さな悪ではないかと考慮しなければならない。」(Neuhäus, *Europäisches Familienrecht?*, in: *Festschrift für Hans Dölle*, Bd. II, 1963, S. 434.)

(17) 岡義武、日本近代政治史、I、一九六二年、二八二頁——野田、前掲一六六頁から引用。

- (18) Eugen Ehrlich, Juristische Logik, zitiert von Ferid, Methoden, Möglichkeiten und Grenzen der Privatrechtsvereinheitlichung, Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Wien), 1962, Bd. 3, S. 205.
- (19) Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 192.
- (20) David, Les grands systèmes de droit contemporains, 2. éd., 1966, p. 39; David, A Civil Code for Ethiopia: Considerations on the Codification of the Civil Law in African Countries, Tulane Law Review, Vol. 37, 1963, p. 194.
- (21) この思想は、種々の源流を有する。自然法の立場から、自然法的法典編纂は、その前及びその後における法の集録と違って、革命的変革行為であり、……よりよき未来のための設計であった。(Wieacker, a.a.O., S. 198.) また、法社会学の立場から、エーアリッヒによれば、法律は生活のプラン乃至教育のプラン (Lebensplan, Lehrplan) であり、提案と助言 (Vorschläge, Ratschläge) の複合であり、「将来望ましい法秩序の草案」であるとされる。もちろんエーアリッヒの説を一面的に誇張することには問題がないわけではない。その批判としては、Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II, Teil 1, 1950, S. 163.
- (22) David, A Civil Code for Ethiopia, op. cit., note (15), p. 194. ダヴィッドは、他の機会に言う。「一世紀来実証主義は、法と法律、法と慣習との結合を主張し、実現してきた。しかし国家万能に向う現在の傾向——それは特に社会主義国家において新しいより正しい基礎に基づいて社会を組織しようとする目的をもつが——に従って、われわれは、法が単に慣習及び人間諸関係の現状の反映であつてはならないという觀念に再び立戻つた。立法は、社会を改変しなければならないし、現在、実務が尊重している規則に先んじた進歩的なものでなければならない。立法は、慣習を裁可し、晶化する機能をもつものと考えられてはならない。」(David, Les sources du Code civil éthiopien, Revue internationale de droit comparé, t. 14, 1962, p. 500.)
- (23) David, Reflexions sur le Colloque d'Istanbul, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, 1956, No. 6, p. 250.
- (24) Elbir, op. cit., p. 62 et ss.
- (25) Hirsch, a.a.O., (Ann. 3), S. 217; Derselbe, a.a.O., (Schweizerische Juristen-Zeitung, Bd. 50, 1954) S. 340.
- (26) ヴィーアッカーは言う。「文化の交流は、……段階的に行なわれる。文明の財貨の継受が精神的陶冶に先行し、その精神的陶冶があつてはじめて若い民族は、独自の創作が生み出せる。教育がなされて後に、超時間的な精神的形成が新たな生活感情の中から再生される。学

習と創意の目覚めは、その後に起る。新しい民族にあつては、当初、外来の遺産を自己の表現手段として処理する精神的経験がないからである。」(Wieacker, a.a.O., S. 20 f.)

(27) Hintze, a.a.O., S. 230. この点について、一九六〇年代の初めに、ようやく就学率一二パーセント強、文盲率六〇パーセントを数えるトルコについて (Political Modernization in Japan and Turkey ed. by Ward and Rustow, p. 218)「被継受法を定着させるには、まず初等教育が必要である」というシマロヴェリュの指摘は、まったく理解しうるであらう。(Mimaroglu, op. cit., p. 95.)

(28) Vedel, Droit constitutionnel, 1949, p. 51, cité par Ripert, op. cit., p. 6.